ЛЕКЦІИ

по

ОБЩЕЙ ТЕОРІИ ПРАВА

Н. М. Коркунова,

ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.



Изданіе девятое.

(Безъ измѣн.).



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Изданіе Юридическаго Книжнаго Магазина Н. К. Мартынова,
Коммисіонера Государственной Типографіи.
1909 г.

Типографія А. И. БѢЛОКОПЫТОВА, Невскій просп., д. № 106.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Потребность обобщеннаго знанія.

Schelling. Vorlesungen über d. akad. Studium 1802. *Comte* Aug. Cours de philosophie positive, tome 1 (Première leçon).

Человѣческое знаніе, какъ оно дается отдѣльными науками, представляется частнымъ и разрозненнымъ. Наблюденіе само по себѣ не даетъ намъ ничего общаго. Мы почерпаемъ изъ него непосредственно лишь познаніе отдѣльныхъ частныхъ фактовъ. Между тѣмъ для жизни—эту цѣль никогда не должна терять изъ виду *живая* наука—отрывочное знаніе непригодно. Жизнь, даже отдѣльной личности, на каждомъ шагу ставитъ самые широкіе и общіе вопросы, и отвѣты на нихъ человѣкъ ждетъ именно отъ науки. Для кого хотя бы одинъ уголокъ раскрывающагося передъ нимъ бытія озарился свѣтомъ научнаго пониманія, тотъ не легко мирится съ окружающей тьмою. Нравственное удовлетвореніе, въ совершеніи выпавшаго на его долю дѣла, онъ почувствуетъ только будучи въ состояніи связать это частное дѣло съ общими, основными вопросами жизни. Вполнѣ сознательный и дѣйствительно свободный трудъ возможенъ только подъ тѣмъ условіемъ, если онъ представляется живою и необходимою частью въ цѣломъ трудѣ всего человѣчества. А для такого пониманія своего частнаго дѣла недостаточно однихъ спеціально къ нему относящихся знаній. Въ человѣкѣ невольно сказывается стремленіе по возможности расширить свое знаніе, придать ему характеръ общности, такъ, чтобы всякій вопросъ, выдвигаемый жизнью, находилъ себѣ надлежащее научное освѣщеніе и удовлетворяющее рѣшеніе.

Но какъ достигнуть этой цѣли? Какимъ образомъ отрывочное знаніе превратить въ цѣлостное? Самымъ простымъ для этого средствомъ, на первый взглядъ, представляется расширеніе *количества* знанія. Устроить дѣло такъ, чтобы я зналъ все, доступное знанію другихъ,

усвоить себѣ общее знаніе всего человѣчества, и вопросъ, повидимому, будетъ рѣшенъ. Если масса этого знанія окажется слишкомъ велика, свыше силъ отдѣльнаго человѣка, можно облегчить ея тяжесть на счетъ качества. Хотя не полное, не глубокое, но непремѣнно знаніе обо всемъ. Достигнувъ этой цѣли, мы получимъ знаніе всеобъемлющее, цѣлостное.

Рѣшать вопросъ такимъ образомъ значитъ искать спасенія въ *энциклопедизмѣ*. Однако, каково бы ни было значеніе энциклопедическаго знанія, оно во всякомъ случаѣ не можетъ оправдать такихъ ожиданій. И энциклопедизмъ не можетъ дать цѣлостной системы знанія. Вѣдь отрывочнымъ представляется не только знаніе отдѣльнаго человѣка, но и знаніе всего человѣчества. Свѣтъ науки не разстилается надъ нами сплошною и ровною волной. Грань, отдѣляющая познанное людьми отъ непознаннаго, вырѣзывается самымъ вычурнымъ узоромъ. Рядомъ съ самымъ точнымъ знаніемъ самыхъ мелкихъ подробностей стоитъ полное невѣжество въ другихъ, часто гораздо болѣе близкихъ намъ, вопросахъ. Мы достигли возможности опредѣлять съ помощью спектральнаго анализа химическій составъ отдаленныхъ звѣздъ; а сколько еще темнаго остается для насъ въ устройствѣ нашего собственнаго тѣла. Сравнительное языкознаніе даетъ возможность опредѣлить степень культуры отдаленныхъ предковъ арійцевъ, а рядомъ съ этимъ вопросъ о происхожденіи Руси остается все также спорнымъ и неразъясненнымъ, какъ и въ то время, когда о сравнительной методѣ не было и помину. Человѣческое знаніе—это книга съ разрозненными страницами. Здѣсь, на одной страницѣ, мы прочли все на ней написанное, знаемъ все до послѣдней буквы, но рядомъ съ нею нѣтъ ни предшествующей, ни слѣдующей за ней страницы, и прочитанное нами, оставаясь безъ начала и конца, только дразнитъ насъ, какъ неразрѣшимая загадка.

Человѣческое знаніе и въ цѣломъ отрывочно. Если бы даже я зналъ все, что знаютъ люди, мое знаніе не было бы цѣльной системой. И въ древности, когда обиліе фактическаго матеріала науки еще не было такъ велико, когда нерѣдко являлись умы, обнимавшіе весь наличный запасъ знаній человѣчества, разрозненность знанія давала себя чувствовать. И тогда уже работали надъ обобщеніемъ знанія, надъ созданіемъ общей цѣлостной его системы. Но средство къ этому думали найти въ измѣненіи самаго метода познанія. У грековъ именно зарождается философія, какъ особая форма знанія. Не въ расширеніи эмпирическаго знанія искали греческіе мыслители средства придать нашему знанію общность и цѣлостность. Они стремились достичь этого посредствомъ анализа обыденныхъ понятій, какія имѣются у всѣхъ людей, разлагая ихъ на составные элементы, сводя ихъ къ болѣе общимъ, и создавая, такимъ образомъ, цѣлостную систему знанія, независимо отъ случайныхъ рамокъ опытнаго знанія. При этомъ мѣнялся самый источникъ знанія. Наблю-

деніе давало знаніе отрывочное и потому его задумали замѣнить размышленіемъ. Наблюдать я могу только доступное наблюденію; размышленіе же не знаетъ внѣшнихъ границъ. Предметомъ мышленія можетъ быть все. Мышленіе, отрѣшенное отъ наблюденія, можетъ поэтому привесть къ построенію цѣлостной, полной системы, къ построенію того, что и называютъ филисофской системой.

Со времени Платона человѣческая мысль выработала не мало такихъ системъ. Но самая ихъ многочисленность и невозможность найти какое-либо объективное основаніе для предпочтенія одной изъ нихъ всѣмъ другимъ не могли не породить сомнѣнія въ пригодности метафизическаго пути для полученія дѣйствительнаго знанія, а не однихъ только мнѣній. И дѣйствительно, въ позитивизмѣ сказалось рѣшительное отрицаніе всякихъ метафизическихъ построеній. Но и позитивисты не могутъ не чувствовать настоятельной потребности въ обобщеніи того спеціальнаго знанія, какое дается эмпирическимъ путемъ. Самъ основатель позитивизма, Огюстъ Контъ, весьма обстоятельно выяснилъ недостаточность одного спеціальнаго знанія.

Въ первоначальномъ состояніи нашихъ знаній, говоритъ онъ, не существуетъ никакого опредѣленнаго раздѣленія интеллектуальнаго труда; всѣ науки разрабатываются одновременно одними и тѣми же лицами. Это состояніе человѣческаго знанія, сначала неизбѣжное, измѣняется мало-по-малу по мѣрѣ того, какъ развиваются отдѣльныя отрасль знанія. Въ силу закона, необходимость котораго очевидна, каждая отрасль научной системы незамѣтно отдѣляется отъ ствола, какъ только достаточно расширилась, чтобы стать предметомъ отдѣльнаго изученія, т. е., чтобы собой одной занять дѣятельность нѣсколькихъ умовъ. Этому раздѣленію различныхъ категорій изслѣдованій между различными группами ученыхъ мы обязаны тѣмъ замѣчательнымъ развитіемъ, какое обнаружилось на нашихъ глазахъ въ каждой отдѣльной отрасли знаній. Это, очевидно, указываетъ на невозможность существованія у современныхъ ученыхъ той общности изученія, которая представлялась въ древности столь обыкновеннымъ и легкимъ дѣломъ. Однимъ словомъ, раздѣленіе труда умственнаго, все болѣе и болѣе развивающееся, есть одинъ изъ характеристическихъ признаковъ современнаго развитія знаній. Но, признавая всю плодотворность результатовъ такого раздѣленія, нельзя, съ другой стороны, не быть пораженными капитальными неудобствами, какія оно порождаетъ въ своемъ настоящемъ состояніи: чрезмѣрной частностью идей, занимающихъ каждаго отдѣльнаго изслѣдователя. Это неудобство до извѣстной степени неизбѣжно, но мы можемъ устранить самую худую сторону этого, не устраняя самаго раздѣленія занятій. Средствомъ для этого не можетъ, очевидно, служить возвращеніе къ прежнему отсутствію раздѣленія занятій: это значило бы вмѣстѣ съ тѣмъ отка-

заться отъ дальнѣйшаго развитія наукъ. Средство это, напротивъ, заключается въ дальнѣйшемъ развитіи самаго раздѣленія занятій. Стоитъ только сдѣлать изъ изученія общихъ положеній научныхъ общностей (généralités scientifiques) еще новую отдѣльную спеціальность. Пусть новый классъ ученыхъ, приготовленныхъ для этого, не занимаясь исключительно изученіемъ какой-нибудь отдѣльной изъ существующихъ наукъ, займется единственно изслѣдованіемъ современнаго состоянія ихъ, опредѣленіемъ духа каждой изъ нихъ, выясненіемъ ихъ взаимнаго отношенія и связи, сведеніемъ, если возможно, ихъ частныхъ принциповъ къ меньшему числу общихъ принциповъ, строго держась положительнаго метода. Если другіе ученые будутъ руководиться общими принципами, такимъ образомъ установляемыми, и вмѣстѣ съ установляющими ихъ изслѣдователями взаимно повѣрятъ свои результаты, то тогда раздѣленіе труда въ области научной дѣятельности можетъ быть развито до крайнихъ предѣловъ безъ того, чтобы наука потерялась въ частностяхъ, деталяхъ, безъ того, чтобы за деревьями мы перестали видѣть лѣсъ.

При такомъ взглядѣ на дѣло обобщенное знаніе уже не отличается отъ спеціальнаго своимъ источникомъ. Оно не отрѣшается отъ данныхъ опыта, не получаетъ метафизическаго характера, не притязуетъ на абсолютное значеніе. Оно ставитъ себѣ задачей лишь высшую степень обобщенія того же самаго познанія явленій, слѣдовательно познанія относительнаго, что составляетъ содержаніе и спеціальныхъ наукъ.

Все сказанное о знаніи вообще еще въ большей степени приложимо въ частности къ изученію права. Изъ всѣхъ отраслей науки именно въ правовѣдѣніи съ особенной силой чувствуется потребность въ обобщающей системѣ. Дѣло въ томъ, что мы вовсе не можемъ наблюдать право въ его цѣломъ. Небесный сводъ съ его звѣздами или тѣло животнаго мы прежде всего воспринимаемъ, какъ одно цѣлое, и только научный анализъ научаетъ насъ видѣть въ нихъ сложный аггрегатъ множества отдѣльныхъ элементовъ. Не такъ въ правѣ. Тутъ непосредственному наблюденію доступны лишь отдѣльные законы да отдѣльныя юридическія сдѣлки и только съ помощью научнаго синтеза мы соединяемъ эти отдѣльные элементы въ цѣлостное представленіе юридическаго порядка, права, какъ особаго фактора общественной жизни. Потому въ правовѣдѣніи отрывочность научнаго знанія не находитъ себѣ противовѣса въ цѣлостности непосредственнаго воспріятія. Конечно, и отдѣльныя юридическія отношенія людей находятся между собой въ связи и связи тѣсной. Но ни сами они, ни эта связь между ними не представляются наглядными, осязательными, и притомъ юристъ не непосредственно изучаетъ ихъ. Онъ изучаетъ, собственно, обычаи, законы, судебныя рѣшенія, сдѣлки частныхъ лицъ, но весь этотъ матеріалъ представляется на первый взглядъ разрозненнымъ, и притомъ, чѣмъ выше развитіе обще-

ственной жизни, тѣмъ эта раздробленность больше. Развитіе общественной жизни приноситъ съ собою все большее и большее осложненіе тѣхъ разнообразныхъ, сталкивающихся между собою человѣческихъ интересовъ, разграниченіе которыхъ составляетъ задачу права. Въ сложной общественной жизни одни и тѣ же интересы могутъ становиться другъ къ другу въ самыя разнообразныя отношенія, и каждая форма ихъ взаимнаго соотношенія требуетъ для своего разграниченія особой юридической нормы. Въ современныхъ законодательствахъ, напр., имущественные интересы частнаго лица не разграничиваются поэтому однимъ общимъ закономъ, а множествомъ разнообразныхъ постановленій, содержащихся въ различныхъ отрасляхъ законодательства. Получить полное и цѣлостное представленіе о томъ, какъ нормируются правомъ частные имущественные интересы, возможно поэтому только посредствомъ научнаго синтеза множества разрозненныхъ постановленій законодательства.

Вмѣстѣ съ тѣмъ нѣтъ другой науки, которая бы такъ близко соприкасалась съ непосредственными вопросами жизни. Можно, пожалуй, найти человѣка, во всю свою жизнь никогда не заинтересовавшагося вопросами естествознанія и исторіи. Но прожить свой вѣкъ, никогда не задаваясь вопросами права, дѣло совершенно немыслимое. Какимъ мизантропомъ вы не будьте, какъ ни чуждайтесь вы людей, вамъ не обойти вопросовъ о правѣ. По крайней мѣрѣ одно право, право личной свободы, не можетъ васъ не интересовать. Чуждаясь людей, вы должны же сказать имъ: здѣсь сфера моей личности, сюда вы не имѣете *права* вторгаться.

Такимъ образомъ въ правовѣдѣніи сильнѣе чѣмъ гдѣ-либо должно было сказаться стремленіе къ обобщенному знанію. И дѣйствительно, на ряду со спеціальными юридическими науками существуетъ издавна стремленіе создать науку, которая бы давала цѣлостное знаніе о правѣ. Такова, прежде всего, энциклопедія права: она идетъ первымъ изъ намѣченныхъ выше путей къ обобщенію знанія, заботится о расширеніи количества знанія, о соединеніи всего фактическаго матеріала въ одной общей системѣ. Философія права, напротивъ, стремится дедуктивно построить ученіе о правѣ, ученіе необходимо цѣлостное по самому своему источнику. Наконецъ, зарождающаяся на нашихъ глазахъ общая теорія права ставитъ себѣ задачей извлечь общія начала права изъ накопленнаго спеціальными юридическими науками эмпирическаго матеріала.

Энциклопедія права и философія права включаются обыкновенно и въ число предметовъ, преподаваемыхъ на юридическихъ факультетахъ. Въ Германіи онѣ преподаются обѣ. Въ Англіи и Франціи только философія права. У насъ теперь только энциклопедія. Но прежде, до университетскаго устава 1835 года, наоборотъ, полагалось преподаваніе только философіи права, такъ что энциклопедія смѣнила у насъ философію.

Существованіе нѣсколькихъ наукъ, имѣющихъ въ существѣ одну и ту-же цѣль, заставляетъ насъ внимательно остановиться на разсмотрѣніи каждой изъ нихъ, чтобы сдѣлать между ними сознательный выборъ.

§ 2. *Энциклопедія права.*

Friedlander, Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft. Heidelberg. 1847. Ortloff, die Encyclopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung. Jena. 1857. *Орнатскій.* Сравнительный взглядъ на нынѣшнія понятія объ энциклопедіи и понятія о ней древнихъ грековъ и римлянъ. Въ сборникѣ, изд. въ воспоминаніе 12 января. М. 1855. Статья VII. *Рѣдкинъ.* Обозрѣніе литературы по юридической энциклопедіи. Въ Юридическихъ запискахъ, изд. Рѣдкинымъ и Яневичемъ-Яновскимъ, т. V. Спб. 1860. *Карасевичъ.* Энциклопедія права. Курсъ лекцій. Ярославль. 1872. Вып. I. Во временникѣ Демидовскаго юридическаго лицея. *Звѣревъ.* Энциклопедія права въ ряду юридическихъ наукъ. „Юридическій Вѣстникъ" 1880. № 1.

Въ обыденномъ словоупотребленіи энциклопедія не обозначаетъ особой науки. Подъ энциклопедіей разумѣютъ не науку, а кругъ наукъ. Напримѣръ, говорятъ объ энциклопедіи наукъ Бэкона, Вольфа, Конта, имѣя въ виду при этомъ установленныя ими классификаціи наукъ. Примѣняя названіе энциклопедіи къ сочиненіямъ, разумѣютъ подъ энциклопедіями книги, содержащія въ томъ или другомъ порядкѣ, хотя бы и въ алфавитномъ, обозрѣніе содержанія болѣе или менѣе обширной группы наукъ, или даже всѣхъ наукъ вообще.

Такое пониманіе энциклопедіи находитъ себѣ основаніе и въ этимологіи этого слова. Оно образовалось изъ греческаго выраженія ἐν κύκλῳ παιδεία, обозначавшаго кругъ наукъ, входившихъ въ составъ средняго образованія. Съ тѣмъ же значеніемъ выраженіе это употреблялось и римлянами. Собственно же слово энциклопедія, циклопедія (эта форма употребляется и теперь въ англійскомъ языкѣ) или даже просто педія, вошло въ употребленіе не ранѣе XVI столѣтія. Первая книга, носящая это названіе, есть сочиненіе Рингельберга: Ringelbergius, Lucubrationes vel potius absolutissima kyklopaideia. 1541. Тутъ собраны статьи по грамматикѣ, діалектикѣ и реторикѣ и въ особомъ отдѣлѣ: „chaos" помѣщено все неподходящее подъ названныя рубрики.

Перенося такое пониманіе энциклопедіи въ частности на энциклопедію права, и подъ нею разумѣютъ не болѣе какъ общій, краткій очеркъ содержанія всѣхъ вообще юридическихъ наукъ въ совокупности. Первой книгой, носящей названіе энциклопедіи права, было сочиненіе *Гунніуса*, 1638 года. Но Гунніусъ только первый употребилъ названіе энциклопедіи права. Подъ другими же заглавіями книги подобнаго содержанія составлялись и до него. Первымъ сочиненіемъ по энциклопедіи права обыкновенно признается Speculum judiciale Дурантиса, 1275 года,

но едва ли справедливо. Основаніемъ этому послужило то, что содержаніе Зерцала относится и къ римскому и къ каноническому праву. Но одно это обстоятельство не можетъ служить достаточнымъ основаніемъ признать Зерцало Дурантиса энциклопедіею. Во-первыхъ, оно обнимаетъ собою не все право: въ немъ не содержится вовсе феодальнаго права. Римское же право такъ тѣсно связано съ каноническимъ, что совмѣстное ихъ разсмотрѣніе требовалось и помимо всякихъ энциклопедическихъ цѣлей. Во-вторыхъ, Зерцало Дурантиса предназначалось служить руководствомъ не для изученія права въ его цѣломъ, а для юристовъ-практиковъ, въ ихъ судебной дѣятельности.

Свои общіе взгляды на право авторъ изложилъ въ небольшомъ Prooemium, гдѣ различаетъ, между прочимъ, шесть законовъ по числу крыльевъ херувима: per sex alas, sex leges intellige; prima est lex natur alis, secunda mosaica, tertia prophetica, quarta evangelica, quinta apostolica, septa canonica.

Правильнѣе относить возникновеніе энциклопедической литературы къ XVI вѣку, когда явилось множество произведеній методологическаго и систематическаго характера, обнимавшихъ всѣ отрасли права. Изъ нихъ особеннаго вниманія заслуживаетъ сочиненіе нѣмецкаго юриста Лагуса, Lagus, Methodica juris utriusque tradition 1543. Оно имѣло до конца столѣтія, по крайней мѣрѣ, еще семь изданій и кромѣ того два раза было издано въ переработкѣ Фрейгіуса. Все это указываетъ на большой его успѣхъ. Эта книга должна быть признана первой систематической энциклопедіей права. Она обнимаетъ собою не только частное и публичное право, но также положительное и философское, и все его сочиненіе сообразно съ этимъ дѣлится на двѣ части: I pars philosophica и II pars historica. Въ первой изъ нихъ разсматривается происхожденіе права (законодательство и обычаи), истолкованіе и примѣненіе законовъ, аналогія, фикція; кромѣ того, тутъ же изложено его ученіе объ естественномъ правѣ. Во второй части говорится о положительномъ правѣ. Тутъ характеризуются отдѣльные институты (forma juris), причемъ относительно каждаго ставятся слѣдующіе четыре вопроса: 1) кому принадлежитъ право? 2) какъ оно пріобрѣтается? 3) какъ оно теряется? 4) какъ оно охраняется?

Названіе энциклопедіи права появляется, какъ мы уже сказали, не ранѣе XVII столѣтія. Первое произведеніе съ такимъ названіемъ есть книга Гунніуса: Hunnius, Encyclopaedia juris universi. Colon. in folio. 1638. Оно было, затѣмъ, издаваемо вновь въ 1642, 1658 и 1675 годахъ. Все сочиненіе дѣлится на пять частей и представляетъ обозрѣніе права по совершенно внѣшней системѣ; 1) τα πρωτα (jus personae); 2) de judiciis et processu judiciario; 3) de contractibus; 4) de materia ultmarum vluntatum (гдѣ разсматривается и наслѣдованіе по закону).

Гунніусъ признается всѣми историкомъ литературы юридической энциклопедіи не только первымъ, употребившимъ его въ XVII вѣкѣ, но и единственнымъ. Но это ошибочно. Черезъ два года послѣ выхода въ свѣтъ книги Гунніуса, въ 1640 году во Франкфуртѣ явилось сочиненіе подъ заглавіемъ: Encyclopaedia juris publici, privatique, civilis, criminalis, feuderalis, autore Ioanne Philippo *a Vorburg*. Эта книга начинается съ рѣчи Галлуція о значеніи всеобщей энциклопедіи, послѣ чего слѣдуетъ предисловіе самого Форбурга объ юридической энциклопедіи. Затѣмъ, сама книга состоитъ изъ двухъ частей, весьма неравныхъ по объему: 1) собраніе юридическихъ правилъ, Nux regularis juridica sive accurata et articulosa Enucleatio atque expositio omnium juris civilis regularum, составленное Вольфгангомъ Сигизмундомъ а Форбургъ, ашафенбургскимъ деканомъ, и 2) юридическій словарь.

Кромѣ этой энциклопедіи Форбурга въ 1675 г. вышло, также неупоминаемое никѣмъ изъ энциклопедистовъ, сочиненіе Унферферта (J. M. Unverfärth) Paediae Jurisprudentiae. Онъ такъ опредѣляетъ „педію“: paediae vocabulum proprie significat institutionem puerilem, qua, si bona sit των παιδων animi ad virtutes et bonas artes capessendas subiguntur (pag. 2). Цѣлей „педіи“ онъ насчитываетъ семь, между прочимъ, опредѣленіе границъ отдѣльныхъ наукъ (1), опредѣленіе источниковъ и критеріевъ научныхъ истинъ (3), научнаго метода (4) и ознакомленіе съ литературными пособіями (7). Сообразно съ этими цѣлями распадается и изложеніе книги. Вся она дѣлится на 23 главы, содержащія исключительно изложеніе общихъ вопросовъ, подобныхъ указаннымъ нами, а отнюдь не изложеніе содержанія отдѣльныхъ наукъ. Поэтому книга Унферферта, по своему содержанію, должна быть поставлена выше книги Гунніуса.

Въ XVIII вѣкѣ въ юридическо-энциклопедической литературѣ проявляется два существенно различныхъ направленія. Это столѣтіе было эпохой наибольшаго разъединенія философскаго и положительнаго знанія, что отразилось и на энциклопедіяхъ. Однѣ изъ нихъ написаны подъ вліяніемъ догматическаго или положительнаго, какъ его тогда называли, направленія. Такова, напримѣръ, энциклопедія Стефана Пюттера (St. Pütter, Entwurf einer juristischen Encyclopädie. Götting. 1757), который собственно и ввелъ названіе энциклопедіи въ общее употребленіе и вмѣстѣ съ тѣмъ отдѣлилъ отъ энциклопедіи методологію, что едва ли можно считать заслугой. Другія энциклопедіи принадлежатъ къ философскому направленію. Таковъ характеръ произведеній Неттельбладта, извѣстнаго послѣдователя Вольфа. Онъ написалъ нѣсколько руководствъ по энциклопедіи, пользовавшихся въ свое время большою извѣстностью. Но вліяніе вольфовой и кантовой философіи на энциклопедическую литературу было лишь внѣшнее, формальное. Энциклопедіи, написанныя подъ вліяніемъ этихъ философскихъ системъ, оставались попрежнему лишь краткимъ

очеркомъ содержанія спеціальныхъ наукъ—не болѣе. Философское ученіе давало подходящую форму для такого конспектообразнаго изложенія, давало готовыя схемы, рубрики, категоріи, но не давало внутренняго единства изложенія, не давало обобщающей и объединяющей мысли.

Только съ начала настоящаго столѣтія такой характеръ юридическихъ энциклопедій мѣняется. Являются новыя, болѣе высокія требованія отъ энциклопедіи. Энциклопедисты уже не довольствуются только краткимъ изложеніемъ содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Они стремятся создать изъ энциклопедіи самостоятельную науку, имѣющую свою особую задачу. Это новое направленіе, видящее въ энциклопедіи не особый только пріемъ изложенія науки, а особую, самостоятельную науку, сложилось подъ непосредственнымъ вліяніемъ ученій Шеллинга и Гегеля, впервые заговорившихъ объ энциклопедіи, какъ о наукѣ.

Мысль о необходимости возвысить энциклопедію до степени самостоятельной науки является въ силу сознанія неудовлетворительности обыденнаго ея пониманія. Существованіе энциклопедіи обусловливается, конечно, тѣмъ, что неудобно начинать изученіе права со спеціальныхъ наукъ, напр., гражданскаго или государственнаго права; излагая части, онѣ предполагаютъ уже знакомство съ цѣлымъ рядомъ общихъ юридическихъ понятій, напр., о правѣ въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ, объ юридическомъ институтѣ, о правоспособности и дѣеспособности и т. п. Даже исторія права и та предполагаетъ уже знакомство съ этими понятіями, такъ какъ всякая исторія есть прежде всего переводъ историческихъ явленій на языкъ современныхъ понятій, а исторія права—на языкъ современныхъ юридическихъ понятій. Такимъ образомъ дѣйствительно чувствуется потребность въ особомъ курсѣ, вводящемъ въ изученіе права, устраняющемъ необходимость начинать прямо съ частей неизвѣстнаго цѣлаго. Но соотвѣтствуетъ ли этой цѣли предлагаемое средство, это очень сомнительно. Сомнительно, чтобы краткій очеркъ всѣхъ частей правовѣдѣнія могъ дѣйствительно ввести въ изученіе правовѣдѣнія. Если неудобно начинать съ подробнаго изученія частей, то такъ же неудобно начать и съ неподробнаго, такъ какъ неудобство это обусловлено не подробностью, а частностью, отрывочностью изученія. Если человѣкъ ознакомится со значеніемъ главнѣйшихъ терминовъ, съ раздѣленіемъ науки на отдѣльныя отрасли и съ содержаніемъ каждой изъ нихъ, его изученіе права не сдѣлается еще отъ этого осмысленнѣе. Получить краткое понятіе о частяхъ—не значитъ еще получить понятіе и о цѣломъ. Соединеніе частей въ одно живое цѣлое не есть вовсе такое легкое и простое дѣло, чтобы оно само собой давалось каждому ознакомившемуся съ частями. Это доказывается уже тѣмъ, что, какъ увидимъ ниже, до сихъ поръ общая система права составляетъ еще предметъ контроверзъ. Краткое обозрѣніе всѣхъ частей правовѣдѣнія даже

еще менѣе способно ввести начинающаго въ изученіе права, чѣмъ спеціальное изученіе одной какой-нибудь отрасли. Спеціальное изученіе, не стѣсненное требованіями легкости и краткости, можетъ удѣлить достаточно времени на разсмотрѣніе данной отрасли именно въ связи съ цѣлымъ. Излагая все содержаніе данной отрасли правовѣдѣнія, сразу вводишь изучающаго in medias res. Богатство содержанія заинтересовываетъ его, а строгая научность изученія пріучаетъ къ научному методу изслѣдованія. Краткое, конспектообразное изложеніе, напротивъ, уже по скудости содержанія вовсе не можетъ заинтересовать. Будучи легкимъ, оно не проникаетъ въ глубь предмета и вмѣсто зерна даетъ только скорлупу.

Къ этимъ сомнѣніямъ, вытекающимъ изъ условій преподаванія, присоединяется рядъ другихъ. Потребность въ общемъ знакомствѣ съ наукой, какъ съ цѣлымъ, чувствуется не только начинающими. И спеціалистъ, самостоятельно разрабатывающій частные вопросы науки, чувствуетъ ту же потребность. Развитіе науки ведетъ все къ большей и большей спеціализаціи. Подобно другимъ наукамъ и въ правовѣдѣніи спеціализація дѣлаетъ все большіе и большіе успѣхи. Между старыми юристами самостоятельное изученіе всѣхъ отраслей права не было рѣдкостью. Еще въ первой половинѣ настоящаго столѣтія можно указать не мало писателей, одинаково извѣстныхъ въ исторіи двухъ или трехъ юридическихъ наукъ. Таковъ, напримѣръ, К. С. Цахаріэ, публицистъ и цивилистъ, Гефтеръ, криминалистъ и международникъ, Блунчли, международникъ, публицистъ и цивилистъ, и т. п. Но теперь и въ правовѣдѣніи дѣятельность отдѣльныхъ ученыхъ ограничивается все болѣе узкой сферой. Сосредоточеніе самостоятельнаго изслѣдованія въ болѣе ограниченной сферѣ, требуемое развивающейся спеціализаціей, не обусловливаетъ, однако, необходимымъ образомъ узкости и мелочности получаемыхъ отъ такого спеціальнаго изслѣдованія научныхъ результатовъ. И строго-спеціальное изслѣдованіе можетъ, при надлежащей постановкѣ, привесть къ широкимъ результатамъ, проливающимъ свой свѣтъ на все человѣческое міросозерцаніе. Лучшее доказательство этому примѣръ Дарвина. Будучи зоологомъ и оставаясь имъ, онъ пришелъ, однако, къ установленію въ своемъ ученіи о происхожденіи видовъ такого широкаго обобщенія, что на немъ строится теперь цѣлое новое міровоззрѣніе, съ полнымъ правомъ называемое „дарвинистическимъ“. Но для такой плодотворности спеціальнаго изученія надо дать ему надлежащую постановку, надо, работая надъ частнымъ вопросомъ, не терять изъ виду общихъ задачъ познанія, надо на разработку частностей смотрѣть не какъ на цѣль, а какъ на средство. Словомъ, каждый спеціалистъ, какъ бы частенъ ни былъ предметъ его изслѣдованія, долженъ ставить себѣ цѣлью знаніе, какъ одно цѣлое. Для этого необходимо уже имѣть представленіе о наукѣ

какъ о цѣломъ, соотвѣтствующее данной стадіи развитія научнаго знанія. Но откуда возьметъ его спеціалистъ? Выработать его самъ можетъ далеко не всякій. Для этого требуется обыкновенно такъ много труда, что не осталось бы времени для разработки своей спеціальности, потому что „краткое обозрѣніе содержанія различныхъ наукъ" рѣшительно неспособно привесть къ объединяющему представленію о наукѣ, какъ о цѣломъ. Такое краткое обозрѣніе не можетъ точно также опредѣлить соотношенія даннаго частнаго вопроса, служащаго предметомъ изученія спеціалиста, съ другими научными вопросами: не можетъ потому, что по краткости своей большинства частныхъ вопросовъ оно и не коснется.

Такимъ образомъ, энциклопедія, въ обыденномъ ея пониманіи, неспособна удовлетворить ни учебной, ни тѣмъ болѣе научной потребности въ обобщающемъ представленіи о наукѣ, какъ о цѣломъ.

Эти недостатки постановки энциклопедіи, какъ краткаго и легкаго обзора, эта нецѣлесообразность въ пониманіи энциклопедіи, какъ конспекта другихъ наукъ, не могла не привесть къ мысли о необходимости придать энциклопедіи характеръ самостоятельной науки, имѣющей своей задачей выясненіе общей связи различныхъ вопросовъ, изучаемыхъ спеціальными науками въ отдѣльности. Эту-то мысль и развилъ Шеллингъ въ своихъ „Чтеніяхъ объ академическомъ изученіи". Согласно своему общему міровоззрѣнію, по которому все въ мірѣ находится въ органической связи, онъ и на науку смотрѣлъ какъ на живой организмъ. Отдѣльныя отрасли ея—не мертвыя, механическія части, а также живыя части живого цѣлаго. Какъ органъ любого организма можетъ быть понятъ лишь только подъ условіемъ его изученія въ связи съ цѣлымъ организмомъ, такъ и каждая отрасль науки можетъ быть понята и изучена настоящимъ образомъ только въ связи съ цѣлымъ. Поэтому, прежде изученія спеціальныхъ отраслей, необходимо ознакомиться съ наукой, какъ однимъ цѣлымъ. Этой цѣли и должна служить энциклопедія, имѣющая своимъ предметомъ цѣлокупное изученіе всей области человѣческаго вѣдѣнія и являющаяся, такимъ образомъ, не одной изъ спеціальныхъ наукъ, а наукой наукъ, стоящей надъ другими науками, потенцированной наукой, уже содержащей въ себѣ все то, что съ подробностью раскрывается въ наукахъ спеціальныхъ.

Ученіе Гегеля представляетъ еще болѣе смѣлый и стройный синтезъ. Въ немъ весь міръ является не чѣмъ инымъ, какъ непрерывнымъ діалектическимъ саморазвитіемъ абсолютнаго мышленія. Этотъ синтетическій взглядъ онъ распространилъ и на науку, которая сама, являясь однимъ изъ моментовъ діалектическаго развитія, также представляетъ въ своихъ отрасляхъ моменты діалектическаго движенія. Поэтому, естественно, онъ требовалъ изученія отдѣльныхъ отраслей знанія въ связи съ цѣлымъ,

такъ какъ спеціальныя науки являются для него лишь моментами діалектическаго развитія одной цѣлой науки.

Идеи, высказанныя Шеллингомъ и Гегелемъ, вызвали значительное оживленіе энциклопедической литературы. Лучшія изъ новѣйшихъ юридическихъ энциклопедій всѣ написаны подъ болѣе или менѣе прямымъ вліяніемъ этихъ идей. Изъ энциклопедій, написанныхъ въ духѣ Гегеля, заслуживаютъ вниманія энциклопедіи Карла Пюттера (Pütter, Karl. Der Inbegriff der Rechtswissenschaft, oder juristische Encyclopädie und Methodologie. 1846), впервые включившаго въ энциклопедію изложеніе всеобщей исторіи права, и Фридлендера (Friedländer, Juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft. 1847), представившаго въ небольшой своей книжкѣ лучшую попытку цѣлостнаго изложенія энциклопедіи, какъ особой науки. Энциклопедіи, явившіяся подъ непосредственнымъ вліяніемъ философской системы Шеллинга; какова, напр., энциклопедія *Рудгарта* (Rudhart, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 1823), не отличаются особыми достоинствами. Но за то въ духѣ органическаго міровоззрѣнія, составляющаго самое важное основаніе Шеллингова ученія, написаны три лучшія изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ энциклопедій: Аренса, Варнкенига и Вальтера. У Аренса (Ahrens, Juristische Encyclopädie, 1857, имѣется и русскій переводъ) органическое міровоззрѣніе является въ томъ видѣ, какъ оно видоизмѣнено было Краузе, однимъ изъ послѣдователей Шеллинга; Варнкенигъ (Warenkönig, Juristische Encyclopädie, 1853) въ своей энциклопедіи является послѣдователемъ также органическаго ученія Фихте младшаго, и, наконецъ, въ энциклопедіи Вальтера (Walter, Juristische Encyclopädie, 1856) органическое направленіе соединяется съ теологизирующимъ направленіемъ Шталя.

Всѣ названныя энциклопедіи настоящаго столѣтія являются, такимъ образомъ, принадлежащими къ философскому направленію. Направленіе это не было, однако, единственнымъ. Какъ и въ XVIII вѣкѣ на ряду съ нимъ замѣчается и противоположное направленіе, принимающее теперь преимущественно *историческій* характеръ. Въ духѣ такого историческаго направленія написаны энциклопедіи Фалька (Falck, Juristische Encyclopädie. 1821. 5. Ausgabe v. Jhering. 1851) и Блюме (Bluhme, Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte, 1 Ausg. 1847—54. 2 Ausg. 1855—1869).

Сороковые и пятидесятые года настоящаго столѣтія были эпохой наибольшаго процвѣтанія энциклопедической литературы. Но затѣмъ наступилъ ея упадокъ. Если не считать книги Гольдшмидта (Goldschmidt. Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 1862), дающей не изложенію энциклопедіи, а только краткую схему курса съ указаніемъ литературы, то послѣ названныхъ сочиненій до восьмидесятыхъ годовъ не являлось болѣе

въ Германіи ни одной попытки цѣлостнаго изложенія энциклопедіи. Энциклопедія правовѣдѣнія Гольцендорфа (Encyclopädie der Rechtswissenschaft hssgbn. v. F. Holtzendorf 5 Ausg. 1889) представляетъ собою не болѣе какъ сборникъ статей различныхъ авторовъ. Статьи эти соединены въ два отдѣльныхъ тома. Въ первый вошли краткіе очерки отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, которымъ предпосланъ краткій очеркъ общаго ученія о правѣ Меркеля. Второй представляетъ собою юридическій словарь. Такимъ образомъ, о научной выработкѣ энциклопедіи, какъ ее понимали Шеллингъ и Гегель, не можетъ быть и рѣчи.

Только въ 1885 году появилась новая попытка систематической обработки энциклопедіи — „Юридическая энциклопедія" Меркеля (Merkel, Juristische Encyclopädie. 1885). Но въ ней и помину нѣтъ о замыслѣ энциклопедистовъ пятидесятыхъ годовъ сдѣлать изъ энциклопедіи потенцированную науку. У Меркеля дѣло ограничивается обзоромъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, и, слѣдовательно, авторъ не признаетъ энциклопедію особой, самостоятельной наукой. Это нисколько не умаляетъ значенія названнаго произведенія Меркеля. Особенно первая, общая часть его энциклопедіи, дающая краткій очеркъ общей теоріи права, представляетъ весьма цѣнный и интересный вкладъ въ современную юридическую литературу.

То же самое должно сказать и объ энциклопедіи Гареиса (Gareis, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 1887). Она даже еще болѣе имѣетъ характеръ простого обозрѣнія содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, такъ какъ общая часть въ ней получила гораздо меньшее развитіе. Самъ Гареисъ опредѣляетъ энциклопедію какъ систематическое обозрѣніе права.

Небольшая книжка Ратковскаго (*Ratkowsky*, Encyclopädie der Rechts und Staatswissenschaften, als Einleitung in deren Studium. Wien. 1890) распадается на три части. Въ первой—выясняются основныя юридическія понятія, во второй—дается обозрѣніе собственно юридическихъ наукъ, въ третьей—государственныхъ. Все это на ста страницахъ.

Такимъ образомъ, авторы новѣйшихъ сочиненій по юридической энциклопедіи не задаются уже болѣе мыслью создать изъ нея новую самостоятельную науку. Чѣмъ же объяснить это? Почему послѣ цѣлаго ряда попытокъ возвысить энциклопедію на степень науки снова возвращаются къ старому, уже было совсѣмъ осужденному пониманію ея какъ краткаго изложенія содержанія спеціальныхъ наукъ безъ всякаго внутренняго единства, иногда даже въ чисто случайномъ, азбучномъ порядкѣ? Объясненіе этому явленію можетъ быть только одно. Очевидно, юристы извѣрились въ возможности осуществленія идей, выставленныхъ Гегелемъ и Шеллингомъ. Создать изъ энциклопедіи науку наукъ, которая бы была вмѣстѣ и самостоятельной, особой наукой и обнимала бы собою содержаніе всѣхъ

отдѣльныхъ наукъ, оказалось невозможнымъ. Нѣмецкіе философы исходили изъ того соображенія, что каждый частный вопросъ долженъ быть изучаемъ не иначе, какъ въ связи съ цѣлымъ: иначе изученіе лишается живого значенія и плодотворности. Но это требованіе одинаково примѣнимо къ каждой наукѣ, какъ общее необходимое условіе истинной научности. Въ такомъ характерѣ изученія нельзя видѣть особенности одной только энциклопедіи. Чтобы быть самостоятельной наукой, она должна имѣть особое самостоятельное содержаніе. Каково же содержаніе энциклопедіи? Въ отвѣтъ на это мы получаемъ указаніе, что энциклопедія обнимаетъ собою содержаніе всѣхъ наукъ. Но на это можно возразить словами Конопака: или энциклопедія не есть одна изъ наукъ, или она не можетъ обнимать собою содержанія всѣхъ наукъ, ибо сумма не можетъ равняться одному изъ слагаемыхъ. Да и помимо такого болѣе формальнаго аргумента, нельзя не замѣтить, что существованіе энциклопедіи какъ науки наукъ дѣлало бы безцѣльнымъ и безсмысленнымъ существованіе всѣхъ другихъ наукъ. Вѣдь содержаніе всѣхъ ихъ объемлется энциклопедіей. И наоборотъ: самая дробность нашего знанія дѣлаетъ необходимымъ существованіе многихъ наукъ и немыслимымъ существованіе такой „потенцированной“ науки, которая могла бы включить въ себѣ содержаніе всего человѣческаго знанія, какъ одно цѣлое. Поэтому едва ли въ теперешнемъ упадкѣ энциклопедической литературы можно видѣть лишь временное явленіе. Скорѣе это признакъ несостоятельности самой идеи энциклопедіи.

Мы остановились въ своемъ изложеніи исторіи энциклопедической литературы исключительно на Германіи, потому что только нѣмецкая литература представляетъ въ этомъ отношеніи самостоятельное и преемственное развитіе. Если на другихъ языкахъ и являлись энциклопедіи права, онѣ были подражаніемъ нѣмецкимъ и представляли собою разрозненныя, не связанныя преемственнымъ развитіемъ явленія. Въ нашемъ отечествѣ преподаваніе энциклопедіи начато было еще въ концѣ прошлаго столѣтія нѣмецкими юристами, преподававшими въ Московскомъ университетѣ. Первымъ преподавателемъ юридической энциклопедіи былъ извѣстный Баузе, слѣдовавшій началамъ Вольфовой философіи. За нимъ слѣдовалъ Пургольдъ. Но преподаваніе энциклопедіи было тогда только дѣломъ частной инициативы. Въ число обязательно преподаваемыхъ предметовъ энциклопедія права была внесена впервые университетскимъ уставомъ 1835 года. Около этого времени появляются и первыя русскія энциклопедіи права. До изданія устава 1835 года появилась одна только энциклопедія *Дегая* подъ заглавіемъ: „Пособія и правила изученія россійскихъ законовъ или матеріалы къ энциклопедіи, методологіи и исторіи россійскаго права“, 1831 года. Книга эта чисто компилятивнаго характера и въ настоящее время можетъ представлять интересъ развѣ

только для ознакомленія съ состояніемъ нашего правовѣдѣнія до изданія Свода Законовъ. Слѣдующая за ней по времени книга *Неволина* „Энциклопедія законовѣдѣнія“ (1839—40 гг., второе посмертное изданіе 1857 года) стоитъ уже несравненно выше по научному достоинству. По содержанію своему она распадается на три части. Въ началѣ дается, очень небольшое, впрочемъ, философское введеніе, выясняется понятіе права. Тутъ авторъ стремится соединить вмѣстѣ философскія ученія Гегеля и Шталя, отстаивая согласно съ Шталемъ существованіе личнаго Божества, свободно руководящаго судьбами міра. Затѣмъ слѣдуетъ исторія философіи законовѣдѣнія и исторія положительнаго законовѣдѣнія. Въ исторіи философіи авторъ даетъ подробный анализъ отдѣльныхъ философскихъ ученій, основанный на непосредственномъ ихъ изученіи въ источникахъ. Исторія положительнаго законовѣдѣнія обработана менѣе самостоятельно.

Совершенно иной характеръ имѣетъ „Энциклопедія законовѣдѣнія“ *Рождественскаго* (1863 года). Исторія философскихъ ученій о правѣ и исторія положительнаго права совершенно исключены Рождественскимъ изъ своей книги. Изложеніе носитъ исключительно догматическій характеръ и заключаетъ въ себѣ обзоръ содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, чему предпослано также общее философское введеніе, написанное въ духѣ философскаго ученія Фихте младшаго (Im Fichte).

Книга Рождественскаго является, впрочемъ, единственной русской энциклопедіей, дающей обзоръ содержанія отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Вышедшія въ 1868 году сочиненія *Капустина* („Юридическая догматика“) и *Ренненкампфа* („Очерки юридической энциклопедіи“, 2-е изданіе 1880) даютъ только общее ученіе о правѣ. Оба эти сочиненія не даютъ послѣдовательнаго развитія какого нибудь одного философскаго ученія: они имѣютъ эклектическій характеръ. Тѣмъ не менѣе это лучшія въ русской литературѣ руководства по энциклопедіи права. Къ сожалѣнію и они уже нѣсколько устарѣли. За послѣднія двадцать лѣтъ много новаго появилось и въ юридической литературѣ и въ законодательствѣ. Между тѣмъ „Юридическая догматика“ проф. Капустина имѣется только въ первомъ изданіи. Книга же проф. Ренненкампфа хотя и была издана вторично въ 1880 г., а въ 1889 г. явилась въ новой переработкѣ, значительно сокращенной, подъ именемъ „Юридической энциклопедіи“, но и въ новыхъ изданіяхъ сохраняетъ нѣкоторые анахронизмы. Такъ, въ изданіи 1889 года утверждается, будто бы въ нашемъ Сводѣ Законовъ нѣтъ уставовъ католической и протестантской церквей (стр. 146), хотя уже въ изданіи 1857 года эти уставы включены въ Сводъ. И это тѣмъ болѣе странно, что ссылки на Сводъ Законовъ дѣлаются авторомъ именно на изданіе 1857 г. даже по тѣмъ частямъ, которыя имѣлись тогда уже въ новѣйшихъ изданіяхъ 1876 и

1886 годовъ (стр. 66, 111, 127). Совершенно устарѣлыя теоріи, напр., гегелевское различіе уголовной и гражданской неправды, передаются какъ общепризнанныя, непререкаемыя истины (стр. 196).

Въ семидесятыхъ годахъ явилось еще два сочиненія по энциклопедіи: *Карасевича*, „Энциклопедія права" (1872 г.), и *Деларова*, „Очерки энциклопедіи права" (1878 г.). Но оба эти сочиненія остались далеко неоконченными. Карасевичъ напечаталъ только первый, весьма небольшой выпускъ, содержащій почти одно введеніе. Книга Деларова, по плану автора, должна состоять изъ трехъ томовъ. Въ первомъ право разсматривается какъ одинъ изъ элементовъ общественной жизни на ряду и въ связи съ ними, причемъ собственно праву отведено очень мало мѣста. Только этотъ первый томъ и появился. Два другіе тома, до сихъ поръ не явившіеся, должны бы содержать изложеніе общей теоріи права (2 томъ) и оправданіе этой теоріи на болѣе подробномъ изложеніи гражданскаго права (3 томъ).

Въ юридической литературѣ другихъ странъ почти вовсе нѣтъ сочиненій по энциклопедіи права. Исключеніе составляютъ, сколько мнѣ извѣстно, только Голландія (*Anne den Tex* Encyclopaedie jurisprudentiae 1835) и Бельгія (*Roussel*, Encyclopaedie du droit, 1843, 2 ed 1871 и *Namur*. Encyclopaedie du droit. 1874). Можно указать также два французскихъ сочиненія *Eshbach*, Cours d'introduction général à l'étude du droit ou manuel d'encyclopaedie juridique (3 ed 1856) и *Courcelle-Seneuil*, Preparation à l'étude du droit, 1897).

§ 3. Философія права.

Masaryk. Versuch einer konkreten Logik 1887. § 249. *Wundt*, Logik. II § 619. *Harms*, Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie. 1889. *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, 1892.

У древнихъ философія сливалась съ наукою вообще: она была для нихъ наукой, объединяющей отдѣльныя познанія, изучающей то, что всѣмъ имъ обще. Такъ, у Аристотеля философія обнимаетъ собою и математику, и физику, и этику, и поэтику. Но такъ называемая имъ *первая философія* (πρώτη φιλοσοφία), которой древніе его комментаторы придали названіе метафизики (потому что она слѣдовала за физикой), имѣла своимъ предметомъ изученіе основъ или принциповъ всего сущаго. Этому названію метафизики, указывающему лишь на порядокъ отдѣльныхъ ученій Аристотеля, придали позднѣе значеніе знанія сверхчувственнаго. Въ Англіи и до сихъ поръ философія, какъ у Аристотеля, обозначаетъ науку вообще. Но на континентѣ, и особенно въ Германіи, подъ философіей разумѣютъ особое знаніе, знаніе *сверхчувственное*, или въ смыслѣ сверхчувственности познаваемаго предмета, или въ смыслѣ

сверхчувственности самого источника знанія. Въ первомъ случаѣ подъ философіей разумѣютъ познаніе сверхчувственнаго, напр., явленій духа, первопричинъ міровыхъ явленій, абсолютнаго, въ противоположность познанію относительныхъ явленій матеріальной природы. Во второмъ случаѣ философія можетъ имѣть своимъ предметомъ то же, что и эмпирическія науки, но только подъ условіемъ познанія помимо чувственнаго опыта. При такомъ пониманіи, установившемся со временъ Хр. Вольфа, о каждомъ предметѣ можетъ быть двѣ науки: эмпирическая, черпающая свое знаніе изъ чувственнаго опыта, и философская—изъ сверхчувственнаго познанія. Такъ, напр., на ряду съ эмпирическимъ естествознаніемъ образовалась философія природы, на ряду съ опытной психологіей—философская или раціональная и т. д.

Такъ какъ право есть явленіе не матеріальной, внѣшней природы, а продуктъ духовной дѣятельности человѣка, оно издавна относилось къ предметамъ философскаго изслѣдованія. Выясненіе идеи права, опредѣленіе его источника и тому подобные общіе вопросы разсматривались въ такъ называемой практической или этической философіи. Но отдѣльной философіи права не было ни въ древности, вообще не знавшей дробнаго развѣтвленія человѣческаго знанія, ни въ средніе вѣка, когда и этика почти всецѣло поглощалась богословіемъ. Не ранѣе XVII вѣка образуется особая философская наука о правѣ.

Съ того времени она пережила въ своемъ развитіи двѣ существенно различныя стадіи. Первоначально философское ученіе о правѣ отличалось отъ науки положительнаго права не только методомъ, но и самымъ предметомъ, какимъ служило для него не положительное, измѣнчивое право, а неизмѣнное, вѣчно естественное, существующее яко-бы на ряду съ положительнымъ правомъ и служащее его основой. Только послѣ того, какъ явившаяся въ концѣ прошлаго столѣтія историческая школа доказала несостоятельность предположенія о существованіи, кромѣ положительнаго, еще какого-то естественнаго права, философское изученіе права ставитъ себѣ задачей объясненіе того же положительнаго права. Сообразно съ этимъ, въ XVII и XVIII столѣтіяхъ философское ученіе о правѣ было извѣстно подъ именемъ естественнаго права (jus naturale); въ настоящемъ столѣтіи—подъ именемъ философіи права.

Основаніе наукѣ естественнаго права положилъ голландскій юристъ *Гуго Гроцій* (1583—1645) своимъ трактатомъ De jure belli ac pacis libri tres. 1625. Существо его ученія заключается въ признаніи на ряду съ измѣнчивымъ положительнымъ правомъ, создаваемымъ волею Бога или людей (jus voluntarium), неизмѣннаго естественнаго права, вытекающаго изъ природы людей, какъ разумныхъ существъ, и въ частности изъ врожденнаго имъ влеченія къ общенію (appetitus socialis). Право по природѣ, такъ опредѣляетъ Гроцій, есть то, что согласно съ при-

родою общества разумныхъ существъ. Это естественное право абсолютно не обусловлено ни временемъ, ни мѣстомъ. Оно никѣмъ не можетъ быть измѣнено. Оно существовало бы и было бы тѣмъ же самымъ, если бы даже Бога вовсе не существовало.

Ученіе, выставленное Гуго Гроціемъ, нашло себѣ весьма скоро дальнѣйшую разработку. Уже въ XVII вѣкѣ является нѣсколько новыхъ теорій естественнаго права. Такова прежде всего теорія Ѳомы Гоббеза (1588—1679, Th. Hobbes, Elementa philosophica de cive. 1642), отринувшаго общительный принципъ Гроція и признавшаго основнымъ свойствомъ человѣческой природы страхъ, откуда выводится у него и основной естественный законъ: pax quaerenda est. Самуилъ Пуффендорфъ (1632—1694) примѣнилъ къ построенію теоріи естественнаго права философское ученіе картезіанцевъ. Основой велѣній естественнаго права и у него, какъ у Гроція, служитъ общительный принципъ. Такъ какъ онъ придалъ изложенію естественнаго права внѣшнимъ образомъ болѣе обработанную систему и связалъ свою теорію съ общимъ философскимъ ученіемъ Декарта, его ученіе получило большую популярность въ юридическихъ школахъ того времени. Его книга De officiis hominis et civis, 1673, переведенная на многіе языки, сдѣлалась ходячимъ учебникомъ естественнаго права.

Теоріи XVII в. еще не отличаютъ нравственности отъ права, по крайней мѣрѣ отъ права естественнаго. Поэтому въ нихъ противоположеніе естественнаго и положительнаго права не является еще въ своемъ чистомъ видѣ. Оно смѣшивается съ неясно сознаваемымъ различіемъ права и нравственности. Но уже въ самомъ началѣ XVIII столѣтія Хр. Томазій (1655—1728) первый опредѣленнымъ образомъ не только различаетъ, но и противополагаетъ право и нравственность, придавъ такимъ образомъ теоріи естественнаго права болѣе опредѣленный и строгій характеръ.

Противополагаемое нравственности естественное право является съ этого времени только правомъ. Въ серединѣ XVIII вѣка Хр. Вольфъ (1679—1754) и его послѣдователи Дан. Неттельбладтъ (1719—1791) и Дж. Бурламаки (1649—1748) придали, подобно тому, какъ въ предшествующемъ столѣтіи это сдѣлалъ Пуффендорфъ, теоріи естественнаго права школьную систематическую обработку на этотъ разъ въ духѣ философскаго ученія Лейбница (1646—1716).

Теоріи XVII и XVIII вѣка одинаково держались въ развитіи положеній естественнаго права дедуктивнаго метода. Но основныя положенія, изъ которыхъ онѣ исходили при этомъ, не были апріорными, не были врожденными понятіями. Основа этихъ теорій была эмпирическая. Вполнѣ апріорный характеръ теоріи естественнаго права старался дать Кантъ (1714—1804) въ своихъ „Methaphysische Aufangsgründe der Rechtslehre“.

Онъ выводитъ всѣ положенія естественнаго права изъ апріорнаго, по его мнѣнію, безусловнаго велѣнія нашего разума: дѣйствуй такъ, чтобы своя свобода совмѣщалась съ свободою всѣхъ и каждаго.

Съ начала XVIII в. ученія естественнаго права проникаютъ и къ намъ. Особенно посчастливилось при этомъ Пуффендорфу. Уже въ 1726 г. былъ напечатанъ переводъ его книги, сдѣланный по приказанію Петра I [1]). По ней читали свои лекціи профессоръ нравоучительной философіи въ Академіи Наукъ Х. Ф. Гроссъ (1725—31) и первый профессоръ московскаго юридическаго факультета Дильтей. Да еще и въ 90-хъ годахъ прошлаго столѣтія ею руководствовался московскій профессоръ Скіаданъ. Можно указать и попытку самостоятельнаго изложенія теоріи естественнаго права В. Золотницкаго „Сокращеніе естественнаго права, выбранное изъ разныхъ авторовъ для пользы россійскаго общества. Спб. 1764 г.“. Авторъ основой всего естественнаго права признаетъ правило: „познавай себя“, приводящее насъ къ сознанію зависимости нашей отъ Бога, отъ ближнихъ и необходимости заботиться о собственномъ самосохраненіи.

Впрочемъ, увлеченіе ученіями естественнаго права не было тогда всеобщимъ. Напротивъ, среди русскихъ ученыхъ юристовъ уже въ 60-хъ годахъ XVIII в. весьма опредѣленно сказалось стремленіе къ историческому изученію и пониманію правъ. Такого направленія держались А. Я. Полѣновъ (1738—1816) и въ особенности С. Т. Десницкій, первый русскій профессоръ права, очень рѣзко отозвавшійся въ своемъ „Словѣ о прямомъ и ближайшемъ способѣ къ изученію юриспруденціи. 1768 г.“ про теоріи естественнаго права: „Пуффендорфовъ трудъ подлинно былъ излишній, ибо писать о вымышленныхъ состояніяхъ рода человѣческаго, не показывая, какимъ образомъ собственность, владѣніе, наслѣдство и пр. у народовъ происходятъ и ограничиваются, есть такое дѣло, которое не соотвѣтствуетъ своему намѣренію и концу“.

Ученіе Вольфа распространялось у насъ только чрезъ профессоровъ-иностранцевъ. Такъ въ московскомъ юридическомъ факультетѣ вольфіанцами были Шаденъ, Баузе, Шнейдеръ. Ученіе Канта нашло себѣ представителя въ лицѣ петербургскаго профессора Куницына (1788—1840), автора извѣстной книги „Естественное право. 2 тома, 1818 и 1820 гг.“, вызвавшей въ свое время цензурныя гоненія.

Ученіе Канта представляетъ собою какъ бы кульминаціонный пунктъ развитія теоріи естественнаго права въ первой его фазѣ. Онъ доводитъ до полнаго развитія противоположеніе естественнаго положительнаго права. Но почти одновременно съ философіею Канта въ Германіи возникла историческая школа правовѣдѣнія, нашедшая себѣ главныхъ пред-

---

[1]) О должности человѣка и гражданина по закону естественному, книги двѣ. Соч. С. Пуф., нынѣ же на россійск. съ латин. перевод. Спб. 1726.

ставителей въ лицѣ Густава Гуго (1768—1844), Фр. К. Савиньи (1779—1860) и Георга Фр. Пухты (1798—1846). Историческая школа выступила рѣшительной противницей существованія естественнаго права, какъ особой системы нормъ на ряду съ правомъ положительнымъ. Она доказала, что все право есть историческій продуктъ народной жизни; что оно не творится произволомъ законодателя, но не представляется также совокупностью вѣчныхъ безусловныхъ, неизмѣняемыхъ началъ. Право есть, по ученію исторической школы, закономѣрно развивающійся элементъ исторической жизни народовъ.

Ударъ, нанесенный теоріи естественнаго права ученіемъ исторической школы, былъ и самъ по себѣ весьма тяжелъ, а тутъ подоспѣла еще въ самой философской литературѣ реакція противъ крайней отвлеченности раціоналистическихъ системъ. Начиная съ Шеллинга (1775—1854), въ философіи рѣзко сказывается стремленіе отъ анализа малосодержательныхъ абстракцій обратиться къ познанію живой, конкретной дѣйствительности. Въ противоположность абстрактнымъ системамъ раціонализма, отрицательно относившимся къ конкретной дѣйствительности, въ томъ числѣ и къ положительному праву, какъ къ искаженію вѣчныхъ началъ права естественнаго, Шеллингъ вырабатываетъ свою систему положительной философіи, долженствовавшую выяснить намъ сокровенный смыслъ всего дѣйствительнаго сущаго. Въ этомъ Шеллингу послѣдовали всѣ новѣйшіе представители нѣмецкой философіи. Мы упомянемъ здѣсь о трехъ изъ нихъ, какъ наиболѣе повліявшихъ на современное развитіе философіи правъ. Это—Гегель (1770—1830. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts 1821), Краузе (1781—1835. Krause, System der Rechts Philosophie 1874) и Гербартъ (1776—1841. Herbart, Analytische Beleuchtung der Naturrechts und der Moral 1836). Всѣ они уже не отстаиваютъ существованія естественнаго права на ряду съ положительнымъ. Они ставятъ себѣ иную задачу: понять положительное право въ его историческихъ формахъ, выяснить его основы. Если философія права и сохраняетъ еще иногда, по старой памяти, названіе „естественнаго права“, она уже не даетъ систему велѣній пресловутаго естественнаго права, а философски объясняетъ положительное право. Гегеліанцы (Michelet, Gans, L. Stein, Lasson, Lassal, Max Stirner), исходя изъ отождествленія законовъ бытія съ законами мышленія, стараются объяснить все историческое развитіе разнообразныхъ системъ положительнаго права, какъ діалектическое развитіе одной общей идеи, идеи свободы. Послѣдователи Краузе, составляющіе такъ называемую органическую школу правовѣдѣнія (Röder Ahrens и многіе итальянскіе писатели, напр. Pepere, Lioy и др.), думаютъ найти въ гармоническомъ развитіи личности конечный идеалъ, къ осуществленію котораго стремится въ своемъ историческомъ развитіи право положительное. Наконецъ гербартіанцы (Thilo,

Geyer, Ziller) хотятъ свести все пестрое разнообразіе историческихъ формъ права къ двумъ идеямъ: права (устраненія спора) и справедливости (возмездія) какъ къ послѣднимъ, безусловнымъ основаніямъ всѣхъ нашихъ сужденій о правомъ и справедливомъ.

Изъ этихъ философскихъ ученій среди русскихъ юристовъ наибольшее вліяніе имѣло ученіе Гегеля. Самымъ вѣрнымъ, хотя и довольно самостоятельнымъ его послѣдователемъ является Б. Н. Чичеринъ („Исторія политическихъ ученій", т. IV. 1879. „Собственность и государство". 1882—1883. „Основанія логики и метафизики". 1894).

Хотя философія права въ новѣйшей ея формѣ обратилась къ выясненію положительнаго права, она все-таки не сливается съ наукой положительнаго права. Она сохраняетъ свой особый методъ. Она не обращается къ наблюденію, не идетъ въ своихъ изслѣдованіяхъ путемъ индуктивнымъ. Она покоится на предположеніи, что выясненіе вѣчныхъ основаній положительнаго права можетъ быть дано не эмпирическимъ знаніемъ, а только знаніемъ сверхчувственнымъ, получаемымъ познающимъ умомъ непосредственно, помимо чувственнаго опыта. Особенность метода, полагаютъ, обезпечиваетъ философіи права возможность получить не только относительное познаніе права, но и безотносительное, абсолютное, объяснить не только явленія правовой жизни, но самую сокровенную сущность права.

Пониманіе философіи права, какъ особой науки, предполагаетъ, во первыхъ, возможность познанія помимо чувственнаго опыта и, во вторыхъ, необходимость, или по крайней мѣрѣ желательность полнаго отдѣленія сверхчувственныхъ элементовъ знанія отъ знанія эмпирическаго. Мы не станемъ входить въ оцѣнку перваго предположенія. Этотъ вопросъ относится къ теоріи познанія—области, не имѣющей прямого отношенія къ наукѣ права и представляющей еще слишкомъ широкое поле для разногласій. Замѣтимъ только, что въ послѣднее время возможность сверхчувственнаго познанія находитъ себѣ все менѣе и менѣе сторонниковъ. Но какъ бы то ни рѣшался этотъ вопросъ въ теоріи познанія, все-таки едва ли возможно отстаивать надобность существованія особой философіи права, какъ сверхчувственнаго познанія о правѣ.

Если сверхъестественное познаніе абсолютной истины возможно, зачѣмъ отдѣлять это познаніе отъ эмпирическаго изученія измѣнчиваго и относительнаго? Вѣдь въ такомъ случаѣ относительное должно быть изучаемо только какъ частное проявленіе абсолютнаго. И сверхчувственное познаніе абсолютнаго и эмпирическое познаніе относительнаго только выиграетъ отъ взаимнаго сближенія. Представленіе объ абсолютномъ, поясненное знакомствомъ съ частными и относительными формами его проявленія, сдѣлается болѣе конкретнымъ, болѣе живымъ. Знаніе относительнаго, освѣщеннаго пониманіемъ лежащихъ на основѣ

его абсолютныхъ началъ станетъ болѣе осмысленнымъ и глубокимъ. Поэтому, если существуетъ нѣсколько путей познанія, нѣтъ основанія ихъ разъединять. Они всѣ должны быть соединены въ научномъ изученіи предмета.

Къ тому же въ настоящее время все рѣшительнѣе отвергается возможность отстаивать существованіе философіи какъ особаго сверхчувственнаго знанія о томъ же, о чемъ учатъ насъ и науки эмпирическія. Если философія еще сохраняетъ признаніе на признаніе ея особой самостоятельной наукой, то уже не въ качествѣ сверхчувственнаго познанія сущностей, а или какъ теорія познанія, или какъ обобщенное знаніе, имѣющее однако тотъ же источникъ, что и отдѣльныя спеціальныя науки.

Понимая философію какъ теорію познанія, нѣкоторыя и въ философіи права видятъ науку объ юридическомъ мышленіи [1]). Однако, такъ какъ формы и условія человѣческаго мышленія всегда однѣ и тѣ же, на какой бы предметъ ни было обращено мышленіе, то едва-ли мышленіе о предметѣ каждой отдѣльной науки можетъ составить само по себѣ предметъ еще новой самостоятельной науки. Теорія познанія по необходимости едина, такъ какъ она должна выяснить основы и условія всего человѣческаго знанія. Объ особой философіи права можно говорить, только понимая философію, какъ болѣе обобщенное знаніе, въ силу того, что обобщеніе знанія допускаетъ, конечно, различныя степени.

§ 4. *Общая теорія права.*

Herkel. Ueber das Verhältniss der Recthsphilosophie zur „positiven" Rechtswissenschaft (Grünhut's, Zeitschrift. B. I. 1874). *Shutze.* Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft (Ibidem. B. VI. 1879). *Bergbohm,* Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, 1892, ss. 90—100. *Müller.* P. Die Elemente des Rechts und der Rechtsbildung. 1877. *Post.* Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft. 1880. *Merkel,* Elemente der allgemeinen Rechtslehre. 1889. (Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft 5 Auflage).

Итакъ мы видимъ, что ни энциклопедизмъ, искавшій спасенія отъ чрезмѣрной дробности нашего знанія въ изученіи, хотя бы поверхностномъ, но непремѣнно *всего,* ни философскія системы, думавшія найти источникъ полнаго цѣлостнаго знанія въ апріорныхъ началахъ, не достигли своей цѣли и вѣра въ нихъ теперь исчезла. Въ настоящее время замѣчается одинаково упадокъ и энциклопедической и философской литературы. Философія изъ знанія, имѣющаго свой особый источникъ,

[1]) *Wallaschek.* Studien zur Rechtsphilosophie. 1899. s. 107. Die Zurückführung des in der Rechtsordnung formulierten Inhalts auf allgemeine Denkformen ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie; sie ist die Wissenschaft vom juristichen Denken.

превращается лишь въ болѣе обобщенное знаніе, но опирающееся точно также на опытный матеріалъ, какъ и всѣ другія науки. Задачей ея теперь является лишь обобщеніе того матеріала, какой представляютъ отдѣльныя спеціальныя науки.

Сообразно съ этимъ и философія права, какъ метафизическое ученіе объ абсолютныхъ началахъ права, замѣняется мало-по-малу общей теоріей права, опирающейся на изученіе положительнаго, историческаго матеріала. Наиболѣе распространено это направленіе въ Англіи, гдѣ оно извѣстно подъ именемъ аналитической школы правовѣдѣнія. Основателемъ этой школы признается *Остинъ* (John Austin, The Province, of Jurisprudence determined. 1832, и Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law. 3 ed. 1869) и она имѣетъ теперь довольно много послѣдователей [1]). Но и въ Германіи весьма опредѣленно проявляется сознаніе необходимости замѣнить метафизическое построеніе болѣе положительной общей теоріей права. Такъ, уже въ двадцатыхъ годахъ было указано Фалькомъ на необходимость замѣнить философію права общей теоріей права. Въ современной германской литературѣ представителемъ этого взгляда является Меркель. Онъ полагаетъ, что должно вовсе и безусловно отвергнуть философію права, какъ науку, черпающую свой матеріалъ изъ какого-то особаго источника, помимо изученія дѣйствительно существующаго права. Философія права, по его мнѣнію, можетъ быть признана только въ смыслѣ общаго ученія о правѣ, занимающаго въ общей системѣ науки права такое же мѣсто, какое въ каждой спеціальной наукѣ занимаетъ ея общая часть. Но всетаки это воззрѣніе далеко еще не получило общаго признанія. Напротивъ, оно встрѣчаетъ еще много противниковъ, выходящихъ притомъ изъ разнообразныхъ основаній. Такъ, напр., Шютце отстаиваетъ старое раздвоеніе философіи права и положительнаго правовѣдѣнія. На его взглядъ, то общее ученіе, о которомъ говоритъ Меркель, это энциклопедія права. „Философія же права есть часть практической философіи, т. е. той философіи, которая примѣняетъ формальные законы мышленія дедуктивнымъ методомъ къ обоснованію абсолютнаго и его идейнаго содержанія, и именно та часть, которая занимается идеей права, выводя ее изъ высшаго понятія и затѣмъ изслѣдуя ее въ ея логическомъ развѣтвленіи. Философія права относится къ положительному правовѣдѣнію, какъ идеальный юридическій порядокъ къ реальному настоящаго и прошедшаго времени“. Это довольно туманное различеніе Шютце поясняетъ на примѣрахъ, показывающихъ, въ чемъ различіе между философскимъ и положительно-правовымъ изученіемъ юридическихъ институтовъ. Онъ беретъ для этого наиболѣе важные институты: договоръ, собственность, госу-

[1]) *Markby*, Elements of law. 1871. *Holland*, The Elements of Jurisprudence 1880. 4 ed. 1888. *Pollock*, Essays in Jurisprudence and Enhics 1882.

дарство, наказаніе. Для догматика или историка обязательность договоровъ несомнѣнный фактъ, отъ котораго онъ отправляется какъ отъ даннаго. Напротивъ, философъ не можетъ обойти вопроса, обязательны ли договоры, и если да, то почему? Точно также относительно института частной собственности философъ задается вопросомъ о томъ, насколько она согласима съ идеей права и въ особенности съ притязаніемъ (Anrecht) всѣхъ на имущество, какъ объектъ удовлетворенія потребности. Юристъ-историкъ лишь *случайно* встрѣчается съ подобными вопросами. Относительно государства философія права ставитъ вопросъ о томъ, является ли оно разумной необходимостью или *лишь* историческимъ продуктомъ? Какая форма правленія согласна съ разумомъ? Образуется ли оно по *своей сущности* изъ договора и т. п.".

Но и эти примѣры не убѣдительны. Насколько подобные вопросы вообще могутъ подлежать научному разрѣшенію, безъ разрѣшенія ихъ не можетъ обоитись и положительное правовѣдѣніе. Юристъ-догматикъ не можетъ не поставить вопроса объ условіяхъ обязательности договора, а выяснить эти условія невозможно безъ выясненія самаго основанія его обязательности. Съ другой стороны, такіе вопросы, какъ вопросъ о согласной съ разумомъ формѣ правленія, должно признать совершенно праздными, такъ какъ оцѣнка формъ правленія не можетъ быть сдѣлана безъ соображенія съ данными историческими условіями. Въ дѣйствительности мы находимъ, что юридико-философская литература въ этомъ старомъ смыслѣ все болѣе клонится къ упадку и ея мѣсто заступаютъ мало-по-малу изслѣдованія по общимъ вопросамъ права, опирающіяся на изученіе положительнаго историческаго матеріала и отнюдь не притязующія черпать рѣшеніе этихъ вопросовъ изъ какого-то особаго сверхчувственнаго источника знанія. Такимъ образомъ, мы имѣемъ полное основаніе признать старое пониманіе существа юридико-философскихъ изслѣдованій, отживающихъ свой вѣкъ. Будущее, очевидно, принадлежитъ философіи права лишь въ смыслѣ общаго ученія о правѣ.

Но если мы станемъ разумѣть подъ философіей права не болѣе какъ общую теорію права, въ чемъ тогда ея различіе отъ энциклопедіи права? Не должны ли онѣ тогда слиться воедино? Такой взглядъ на соотношеніе философіи и энциклопедіи права уже не разъ высказывался юристами. Такъ еще Фридлендеръ, отстаивая важное научное значеніе энциклопедіи права, утверждалъ вмѣстѣ съ тѣмъ невозможность существованія на ряду съ нею еще и философіи права, какъ особой науки. Но вполнѣ опредѣленнымъ образомъ необходимость слiянія, отождествленія философіи и энциклопедіи права была признана впервые въ русской литературѣ, именно проф. Карасевичемъ.

Въ Германіи этотъ взглядъ не пользуется популярностью. Привычка къ раздвоенію философіи и энциклопедіи права настолько сильна, что

даже Меркель, такъ рѣшительно требующій замѣны философіи права общей его теоріей, считаетъ возможнымъ самостоятельное существованіе еще и энциклопедіи права, придавая ей характеръ обзора отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, въ томъ числѣ и общей теоріи права. Но при такой постановкѣ энциклопедія права теряетъ, конечно, характеръ самостоятельной науки.

Въ нашей литературѣ имѣются также защитники необходимости сохранить различіе между философіей и энциклопедіей права. Такого взгляда держится проф. Звѣревъ. По его мнѣнію, энциклопедія не имѣетъ самостоятельнаго предмета изученія, а главное содержаніе свое черпаетъ изъ философіи права. Энциклопедія есть повтореніе философіи, но повтореніе не полное, она не повторяетъ философію всю отъ начала до конца: она беретъ изъ нея лишь то, что требуется отъ введенія условіями преподаванія. Философія права составляетъ самостоятельную науку, тогда какъ энциклопедія служитъ только предметомъ преподаванія; а потому первая относится ко второй, какъ оригиналъ къ своей, не совсѣмъ точной копіи. Будучи введеніемъ въ юридическія науки и извлекая свое содержаніе изъ философіи права, энциклопедія предлагаетъ заимствованныя ею свѣдѣнія, какъ готовые результаты науки, изображаетъ всю область права въ видѣ сложившейся и законченной системы юридическихъ положеній, насколько это возможно при данномъ состояніи правовѣдѣнія. Наоборотъ, философія относится къ тому же самому матеріалу, какъ къ объекту своихъ изслѣдованій, указываетъ путь, которымъ они добыты. Отсюда первая излагаетъ, вторая изучаетъ; первая носитъ на себѣ догматическій характеръ, вторая—критическій. Если энциклопедія ставитъ себѣ задачею ввести начинающаго въ изученіе спеціальныхъ юридическихъ наукъ, философія права имѣетъ въ виду быть послѣднимъ словомъ, заключеніемъ этого изученія; если первая служитъ для того, чтобы начертать планъ предстоящихъ занятій и показать путь, по какому надлежитъ идти, то послѣдняя предназначается для того, чтобы окинуть разомъ все пройденное пространство, привести пріобрѣтенныя свѣдѣнія въ порядокъ, дать отчетъ въ завершенной работѣ.

Воззрѣніе г. Звѣрева не можетъ не возбудить нѣкоторыхъ недоразумѣній. Прежде всего, развѣ можно опредѣлить энциклопедію просто какъ предметъ преподаванія, да еще противополагать предметъ преподаванія—наукѣ? Какъ будто наука не есть предметъ преподаванія? Какъ будто, если энциклопедія есть изложеніе философіи—сама философія не составляетъ также предмета преподаванія? Вѣроятно, г. Звѣревъ хотѣлъ сказать, что энциклопедія есть лишь особый *пріемъ* преподаванія философіи права. Но и съ такой поправкой взглядъ г. Звѣрева всетаки не можетъ не возбудить сомнѣній. Онъ говоритъ, что въ энциклопедіи дается догматическое, въ философіи критическое изложеніе однихъ и

тѣхъ же вопросовъ. Онъ даже прибавляетъ, что энциклопедія излагаетъ результаты, не указывая пути, которымъ они добыты. Не думаемъ, чтобы г. Звѣревъ хотѣлъ этимъ сказать, что энциклопедистъ долженъ излагать все голословно, бездоказательно. Такой пріемъ негоденъ ни въ какомъ преподаваніи, а тѣмъ болѣе въ университетскомъ. Думаемъ, что онъ хотѣлъ сказать лишь то, что энциклопедистъ не останавливается на изложеніи контроверзъ, раздѣляющихъ между собой различныя научныя школы, что онъ излагаетъ ученіе о правѣ, какъ одно стройное цѣлое, что въ этомъ смыслѣ онъ излагаетъ не критически, а догматически. Но если такъ, то и тутъ въ основѣ лежитъ нѣкоторое недоразумѣніе. Выборъ того или другого изложенія не есть дѣло произвола. Если по данному вопросу не установилась еще общепризнанная научная теорія, безъ критическаго изложенія не обойтись, если не хочешь заставить принимать излагаемое на вѣру.

И такъ, философія права не можетъ быть признана отличной отъ энциклопедіи наукой. Философія права и энциклопедія права одно и то же. Это только подготовительныя стадіи къ образованію одной обобщающей дисциплины—общей теоріи права. Потребность въ такой общей теоріи сознавалась уже давно, но прежде въ ней видѣли нѣчто отличное отъ энциклопедіи, долженствующее существовать на ряду съ ней. Таково воззрѣніе Фалька. Онъ предлагаетъ замѣнить естественное право общей теоріей права, которая бы содержала изложеніе общихъ юридическихъ истинъ, получаемыхъ путемъ анализа положительнаго права. Но тогда эта мысль не получила сколько-нибудь широкаго распространенія и только въ настоящее время она начинаетъ завоевывать себѣ признаніе. Съ особенною обстоятельностью развиваетъ ее П. Мюллеръ. Онъ опредѣляетъ общую теорію права какъ систему основъ права (System der Rechtsgründe). Помимо практическихъ цѣлей, задача правовѣдѣнія представляется двоякой. Во-первыхъ, оно обрабатываетъ практическій матеріалъ права въ систематическомъ, спекулятивно-идеалистическомъ, историческомъ и эмпирико-реалистическомъ направленіяхъ; затѣмъ изъ полученнаго такимъ образомъ правового матеріала оно извлекаетъ общія основы права, обрабатываетъ ихъ, сообразно ихъ внутренней связи, въ цѣльную (geschlossenen) систему общей теоріи права и примѣняетъ ихъ какъ руководящіе принципы для оцѣнки имѣющагося матеріала права и для развитія права и правовѣдѣнія. Самая общая теорія права, конечно, не можетъ никакъ имѣть непосредственнаго примѣненія въ жизни, ибо она содержитъ только общія основы права, а не отдѣльныя правоположенія, опредѣляющія дѣйствительныя житейскія отношенія. Невозможно также изъ ея общаго содержанія путемъ интерпретаціи, путемъ логическаго и діалектическаго развитія понятія образовать практическое право. Движеніе и развитіе права имѣетъ свое основаніе въ элементахъ естественныхъ житей-

скихъ отношеній. Теоретикъ же изъ этихъ отношеній и изъ порождаемаго ими практическаго права извлекаетъ общія понятія. Такимъ образомъ, и теорія права зависитъ отъ реальныхъ отношеній, а не наоборотъ. Дѣятельность теоретика должна быть направлена къ тому, чтобы понять практическое право и реальныя людскія отношенія, какъ одно связное цѣлое, этотъ общій организмъ разложить на его отдѣльные органы и элементы, опредѣлить ихъ соотношеніе и взаимодѣйствіе, нормы и цѣли ихъ дѣйствія, а также назначенія какъ цѣлаго, такъ и частей. Въ особенности общая теорія провѣряетъ положительное право съ его технической и логической (begriffliche) стороны, выясняетъ руководящіе правовые принципы изъ совокупности, связи (Zusammenhang) и сущности общественнаго организма и сводитъ ихъ къ общимъ основамъ людской дѣятельности въ обществѣ и государствѣ. Общая теорія права есть, такимъ образомъ, краеугольный камень системы правовѣдѣнія; она связываетъ отдѣльныя дисциплины и ихъ содержаніе въ одно цѣлое. Общая теорія права для того, чтобы соотвѣтствовать своей цѣли, должна прилагать къ своему содержанію масштабъ строгой объективности и избѣгать всякихъ субъективныхъ построеній. Если теперь собственному содержанію отдѣльныхъ дисциплинъ предпосылаются общія соображенія, то это потому, что мы не имѣемъ еще годной теоріи права и что каждый юристъ ощущаетъ потребность изложить часть своихъ воззрѣній на право.

Точно также Альбертъ Постъ выражаетъ убѣжденіе, что съ развитіемъ правовѣдѣнія, какъ отрасли положительной науки объ обществѣ (энтологіи), не будетъ болѣе и рѣчи объ исторіи и философіи права, какъ о двухъ отдѣльныхъ наукахъ. Рядомъ съ исторіей права можетъ сохраниться лишь общее ученіе о правѣ (eine allgemeine Rechtswissenschaft), которое будетъ имѣть, насколько оно установляетъ явленія правовой жизни,—эмпирическій характеръ, насколько объясняетъ причины этихъ явленій—философскій. Но обѣ эти отрасли правовѣдѣнія, исторія права и общее ученіе о правѣ, будутъ находиться въ ближайшей связи между собой.

П. Мюллеръ и Постъ, говоря объ общей теоріи права, оставляютъ совершенно безъ разсмотрѣнія вопросъ объ ея отношеніи къ энциклопедіи. Первый изъ нѣмецкихъ юристовъ, высказавшійся въ смыслѣ необходимости отождествленія энциклопедіи и общей теоріи права, былъ Шютце. Своему курсу энциклопедіи права онъ и даетъ такую именно постановку, какъ это можно видѣть изъ напечатаннаго имъ плана своихъ лекцій. Самый курсъ остается, къ сожалѣнію, ненапечатаннымъ.

Между новѣйшими русскими энциклопедистами отождествленіе энциклопедіи права съ общей его теоріей фактически почти общепринято. По крайней мѣрѣ всѣ печатные курсы энциклопедіи или, по крайней мѣрѣ, напечатанныя ихъ части, за исключеніемъ Неволина и Рождествен-

скаго, даютъ только общее ученіе о правѣ. Капустинъ даже замѣняетъ названіе энциклопедіи названіемъ „общей догматики". Но, какъ справедливо замѣтилъ Карасевичъ, это названіе неудобно, такъ какъ, по установившемуся словоупотребленію, догма противополагается исторіи и обозначаетъ прикладную науку права.

Это различіе русскихъ энциклопедій отъ нѣмецкихъ, изъ которыхъ даже лучшія, даже наиболѣе систематическія, какъ, напримѣръ, Фалька, Вальтера, Аренса, Варнкенига, Меркеля, представляютъ не болѣе, какъ совокупность краткихъ очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, съ небольшимъ общимъ къ нимъ введеніемъ, находитъ себѣ объясненіе въ самомъ складѣ нашего юридическаго образованія. У нѣмцевъ преподаваніе права сводится, по выраженію Л. Штейна, къ изложенію одного гражданскаго права въ разнообразныхъ его видахъ. Другія отрасли права, можно сказать, только терпимы. Немудрено, поэтому, что введеніемъ въ изученіе науки права у нихъ служитъ не общее ученіе о правѣ, а просто предварительное краткое изложеніе того же гражданскаго права, римскаго и германскаго, да иногда еще, какъ у Пюттера, Аренса, Варнкенига,—всеобщая исторія права. Совершенно другое видимъ въ нашихъ университетахъ. У насъ никогда не было такого преобладанія гражданскаго права. Уже со времени Петра Великаго юридическое образованіе соединяется съ политическимъ. Поэтому русскій энциклопедистъ не можетъ свести свой курсъ къ краткому изложенію всего того, что преподается на юридическихъ факультетахъ. При разнообразіи преподаваемыхъ предметовъ это сдѣлало бы его изложеніе слишкомъ пестрымъ. Условія нашего университетскаго преподаванія требуютъ отъ энциклопедиста не конспекта спеціальныхъ наукъ, а общей теоріи права.

КНИГА ПЕРВАЯ.

Понятіе права.

ГЛАВА I.

Опредѣленіе права.

§ 5. Нормы техническія и этическія.

Въ силу присущей намъ, какъ существамъ разумнымъ, способности къ обобщенію, мы руководимся въ нашей сознательной дѣятельности не только конкретными представленіями, но также и правилами, указующими, какъ должно дѣйствовать для достиженія той или другой опредѣленной цѣли. Такія правила, обусловленныя опредѣленною цѣлью, назы-

ваются вообще *нормами*. Сообразно различію цѣлей и нормы могутъ быть очень разнообразны. Но всѣ онѣ сводятся къ двумъ главнымъ группамъ: нормы *техническія* и нормы *этическія*.

Нормы техническія—это правила, указывающія, какъ слѣдуетъ поступать для достиженія какой-либо одной опредѣленной цѣли. Таковы правила гигіены, педагогики, грамматики, строительнаго искусства, научающія насъ, какимъ образомъ сохранить здоровье, развить способности ребенка, удобопонятно выразить словами мысль, построить зданіе. Различныхъ техническихъ нормъ столько же, сколько можетъ быть у людей различныхъ цѣлей. Соблюденіе каждой такой нормы приводитъ къ осуществленію только данной отдѣльной цѣли, не касаясь другихъ цѣлей человѣческой дѣятельности, иногда даже препятствуя ихъ осуществленію. Если цѣль, имѣющаяся въ виду, представляется обширной и сложной, то осуществленіе ея опредѣляется естественно цѣлой системой правилъ, связанныхъ между собой единствомъ цѣли. Такая система и есть то, что мы называемъ отдѣльными искусствами. Отсюда и самое названіе: *техническія* нормы (отъ греческаго техне—искусство).

Всѣмъ разнообразнымъ цѣлямъ человѣческой дѣятельности соотвѣтствуютъ и особыя техническія нормы, такъ что вся дѣятельность людей совершается согласно правиламъ цѣлесообразности. Но каждая отдѣльная техническая норма имѣетъ въ виду всегда одну только отдѣльную цѣль—ведетъ къ осуществленію только отдѣльной цѣли, не касаясь ея отношеній къ другимъ цѣлямъ. Между тѣмъ, разнообразныя цѣли человѣческой дѣятельности неизбѣжно сталкиваются между собой такъ, что осуществленіе одной цѣли нерѣдко препятствуетъ осуществленію другой. Человѣкъ ограниченъ и въ своихъ силахъ, и во внѣшнихъ средствахъ, и во времени, и потому для него невозможно полное осуществленіе всѣхъ его цѣлей. Ему приходится ограничивать осуществленіе отдѣльныхъ цѣлей ради возможности ихъ совмѣстнаго осуществленія. При этомъ маловажными цѣлями приходится жертвовать въ интересахъ осуществленія важнѣйшихъ. Ограничивая такимъ образомъ осуществленіе отдѣльныхъ цѣлей, нельзя обойтись безъ руководящаго начала, безъ правилъ, опредѣляющихъ, какія именно цѣли и въ какой мѣрѣ должны быть ограничены въ своемъ осуществленіи, чтобы согласовать между собою осуществленіе разнородныхъ цѣлей. Техническія правила не научаютъ этому. Указывая, какъ осуществить каждую отдѣльную цѣль, они не указываютъ, какъ установить гармонію въ совмѣстномъ осуществленіи многихъ цѣлей. Это приводитъ къ осуществленію на ряду съ техническими еще другихъ нормъ—*этическихъ*. Человѣкъ не можетъ руководствоваться въ своей жизни только техническими правилами, только одною цѣлесообразностью. Онъ непремѣнно руководствуется еще и чѣмъ-то другимъ, опредѣляющимъ для него выборъ самыхъ цѣлей, заставляющимъ предпочитать

одну цѣль другой. По степени умѣлости людей осуществлять отдѣльныя цѣли, мы судимъ объ ихъ искусствѣ, умѣлости; по тому, какъ они опредѣляютъ взаимное отношеніе различныхъ цѣлей, какія цѣли предпочитаютъ другимъ, мы судимъ объ ихъ нравахъ, о томъ, что греки обозначали словомъ *этосъ*. Отсюда и правила, опредѣляющія взаимное соотношеніе разнородныхъ цѣлей человѣческой жизни, называются *этическими*.

Различіе нормъ *техническихъ* и *этическихъ* можетъ быть, на основаніи всего сказаннаго, формулировано такимъ образомъ: нормы техническія суть правила осуществленія отдѣльныхъ цѣлей человѣческой дѣятельности; нормы этическія—правила совмѣстнаго осуществленія всѣхъ людскихъ цѣлей.

Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ заключать, чтобы этическія правила могли замѣнить собою техническія нормы. Они не имѣютъ вовсе значенія одного общаго техническаго правила, примѣнимаго къ осуществленію всѣхъ различныхъ цѣлей. Соблюденіе этическихъ правилъ никогда не ведетъ непосредственно къ осуществленію отдѣльныхъ цѣлей. Самое осуществленіе нашихъ цѣлей всегда и необходимо совершается согласно техническимъ правиламъ. Этическія же нормы только размежевываютъ, такъ сказать, осуществленіе отдѣльныхъ цѣлей, опредѣляютъ лишь ихъ взаимное соотношеніе. Онѣ дѣлаютъ *возможнымъ* совмѣстное осуществленіе многихъ цѣлей, установляя *форму* ихъ взаимнаго соотношенія, но самое содержаніе этихъ цѣлей осуществляется по правиламъ цѣлесообразности. Въ этомъ смыслѣ нормы этическія отличаются отъ техническихъ, какъ *формальныя* отъ *матеріальныхъ*. Этическія нормы опредѣляютъ только *форму* совмѣстнаго осуществленія всѣхъ разнообразныхъ цѣлей человѣка. Соблюденіе этическихъ нормъ только придаетъ взаимному соотношенію цѣлей гармоническую *форму*, но не приводитъ само по себѣ къ осуществленію ихъ *содержанія*.

Техническихъ правилъ много, столько же, сколько разнообразныхъ цѣлей человѣческой жизни. Поэтому, одинъ и тотъ же человѣкъ, преслѣдуя различныя цѣли, руководствуется и различными техническими нормами. Напротивъ, этическія нормы, регулирующія не осуществленіе отдѣльныхъ цѣлей, а взаимное соотношеніе всей совокупности человѣческихъ цѣлей, не могутъ мѣняться въ зависимости отъ различія преслѣдуемыхъ людьми цѣлей. Разъ человѣкъ держится опредѣленныхъ этическихъ правилъ, они не могутъ мѣняться въ зависимости отъ имѣющихся въ виду въ данномъ случаѣ цѣлей. У одного и того же человѣка не могутъ быть различныя этическія правила на разные случаи жизни. Этическія правила опредѣляютъ отношеніе отдѣльныхъ цѣлей человѣка къ общей ихъ совокупности. Поэтому они по необходимости одни и тѣ же для всей дѣятельности человѣка, для всѣхъ случаевъ его жизни.

Такимъ образомъ, этическія нормы отличаются *единствомъ*, психическія—*множественностью*. Одинъ и тотъ же человѣкъ въ одно и то же время можетъ руководиться самыми различными техническими нормами сообразно различію отдѣльныхъ цѣлей своей дѣятельности. Достиженіе каждой особой цѣли требуетъ соблюденія и особыхъ правилъ. Но взаимное соотношеніе всѣхъ цѣлей въ ихъ совокупности не можетъ быть представляемо одновременно на различные лады. Этическія нормы могутъ быть различны у различныхъ людей, или и у однихъ и тѣхъ же людей въ разное время. Но у даннаго человѣка и въ данное время могутъ быть только однѣ опредѣленныя этическія нормы.

Такъ какъ техническія нормы суть правила достиженія отдѣльныхъ цѣлей, то и соблюденіе ихъ совершенно факультативно. Тутъ все зависитъ отъ желательности отдѣльной цѣли, къ осуществленію которой ведетъ соблюденіе правила. Только для того, кто цѣнитъ здоровье, обязательны правила гигіены. Было бы смѣшно настаивать на обязательности ихъ соблюденія для человѣка, задумавшаго покончить съ жизнью или намѣренно разстроить здоровье. Напротивъ, гармонія жизненныхъ цѣлей не можетъ не быть желательна для человѣка. Разъ я имѣю нѣсколько цѣлей, я не могу не желать, чтобы онѣ находились въ гармоніи, чтобы осуществленіе одной изъ нихъ не мѣшало бы осуществленію другихъ. Только въ случаяхъ болѣзненной маніи человѣкъ всю свою дѣятельность подчиняетъ исключительно одной какой-нибудь цѣли. Нормально же развитые, здоровые люди всегда преслѣдуютъ нѣсколько разнообразныхъ цѣлей. Желательность гармоническаго совмѣстнаго осуществленія разнообразныхъ цѣлей для всѣхъ психически нормальныхъ людей стоитъ поэтому внѣ вопроса. Внѣ вопроса стоитъ для нихъ, слѣдовательно, и обязательность этическихъ нормъ. Поэтому, между тѣмъ какъ техническія нормы *факультативны*, этическія—*обязательны*.

Этимъ, однако, не ограничивается различіе въ обязательности техническихъ и этическихъ нормъ. Несоблюденіе технической нормы ведетъ къ недостиженію лишь данной отдѣльной цѣли—и только: оно не отзывается на всей остальной дѣятельности человѣка. Дурно впахавъ поле, я могу отлично выстроить себѣ домъ; будучи плохимъ хозяиномъ, можно быть отличнымъ педагогомъ и т. д. Несоблюденіе этическихъ нормъ разстраиваетъ, напротивъ, всю нашу дѣятельность, нарушая гармонію руководящихъ ею цѣлей. Разъ совершенное нарушеніе этической нормы даетъ себя чувствовать, отзываясь на всѣхъ нашихъ дѣлахъ, дѣлая невозможнымъ для насъ достиженіе многихъ болѣе важныхъ цѣлей. Сознаніе того, что наши собственныя нарушенія этическихъ правилъ въ прошломъ лишаютъ насъ и въ настоящемъ возможности достигнуть высшихъ человѣческихъ цѣлей, приводитъ къ самоупрекамъ, къ угрызеніямъ совѣсти и

къ признанію безусловной обязательности этическихъ нормъ. Къ этой внутренней санкціи присоединяется еще внѣшняя. Несоблюденіе техническихъ нормъ ведетъ только къ неуспѣху даннаго дѣла и потому касается только однихъ заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ. Несоблюдающаго этихъ нормъ мы назовемъ неискуснымъ или неблагоразумнымъ, но если дѣло насъ непосредственно не касается, намъ все равно, соблюдена техническая норма или нѣтъ. Напротивъ, несоблюденіе этическихъ нормъ всегда есть дѣло общаго интереса. Всѣ разнообразные интересы человѣческой жизни тяготѣютъ къ двумъ главнымъ центрамъ: одинъ изъ этихъ центровъ—личность человѣка, другой—общество. Каждая система этическихъ нормъ, какимъ бы принципомъ она ни опредѣлялась, непремѣнно такъ или иначе опредѣляетъ соотношеніе этихъ двухъ группъ людскихъ интересовъ. Если этическія нормы нарушаются, если гармонія человѣческихъ цѣлей не устанавливается, если личные и общественные интересы приходятъ въ рѣзкое столкновеніе, общество не можетъ оставаться безучастнымъ. Нарушитель этическихъ нормъ неуклонно вызываетъ противъ себя судъ и гнѣвъ общества, заинтересованнаго въ томъ, чтобы между личными и общественными цѣлями поддерживалось опредѣленное соотношеніе. Общество поэтому требуетъ отъ каждаго соблюденія этическихъ нормъ, осуждаетъ за ихъ нарушеніе, и даже въ важныхъ случаяхъ караетъ за него. Соблюденіе этическихъ нормъ не есть лишь дѣло субъективнаго усмотрѣнія: онѣ являются предъ нами съ характеромъ *объективно обязательныхъ требованій*.

Но если мы обратимся къ *содержанію* техническихъ и этическихъ нормъ, то намъ представится совершенно иное соотношеніе. По содержанію техническія нормы болѣе *объективны*, этическія, наоборотъ, болѣе *субъективны*. Въ самомъ дѣлѣ, цѣлесообразность заключается въ томъ, чтобы воспользоваться силами природы для своихъ цѣлей. А дѣйствіе силъ природы всегда строго закономѣрно. Поэтому, если извѣстенъ законъ данной группы явленій, соотвѣтствующія техническія правила будутъ логически необходимыми выводами изъ этого закона. Напримѣръ правила строительнаго искусства суть логически необходимые выводы изъ законовъ механики. Въ техническихъ правилахъ субъективенъ и произволенъ только выборъ цѣли. Но какъ только цѣль опредѣлена, правила ея осуществленія получаются сами собой, какъ необходимые выводы изъ закона соотвѣтствующихъ явленій. Содержаніе техническихъ правилъ безусловно опредѣляется объективными данными, независимо отъ субъективнаго отношенія къ нимъ человѣка. Если иногда техническія правила представляются по своему содержанію недостаточно объективно опредѣленными (напр., въ педагогіи), то это потому только, что не установлены еще съ научною точностью и самые законы соотвѣтствующихъ явленій (въ данномъ примѣрѣ—законы духовной жизни). Если же законъ

явленій извѣстенъ, въ содержаніи соотвѣтствующаго техническаго правила не можетъ быть сомнѣнія.

Совершенно иное представляютъ по своему содержанію нормы этическія. Онѣ никогда не могутъ быть неуклонными выводами изъ законовъ. Установленіе гармоническаго соотношенія разнообразныхъ цѣлей, составляющихъ содержаніе человѣческой жизни, зависитъ отъ цѣлаго ряда крайне измѣнчивыхъ и совершенно субъективныхъ условій. У каждаго человѣка свои цѣли и каждый по своему оцѣниваетъ каждую изъ этихъ цѣлей, по своему опредѣляетъ ихъ взаимное соотношеніе. Что для одного представляется незначущимъ, для другого можетъ составлять главную цѣль жизни. Личныя наклонности, теоретическія воззрѣнія, религіозныя убѣжденія, общественные нравы,—все это до безконечности видоизмѣняетъ человѣческіе интересы и ихъ соотношеніе. Принятіе того или другого взгляда на соотношеніе нашихъ цѣлей въ значительной степени есть дѣло чувства, а не логическаго вывода. Содержаніе этическихъ нормъ не можетъ обойтись поэтому безъ примѣси субъективности. Оно представляетъ множество разнообразныхъ оттѣнковъ, постоянно служитъ предметомъ спора; его нельзя основать на строго логическихъ доводахъ, которые бы для всѣхъ безусловно были убѣдительны.

§ 6. Нормы юридическія и нравственныя.

Мы выяснили различіе двухъ основныхъ категорій нормъ: техническихъ и этическихъ. Къ которой же изъ нихъ должны быть отнесены нормы юридическія? Отвѣтъ на это не можетъ быть сомнителенъ. Юридическія нормы представляютъ всѣ отличительные признаки нормъ этическихъ. Соблюденіе требованій права не ведетъ къ непосредственному осуществленію никакой матеріальной цѣли. Право только опредѣляетъ рамки осуществленія разнообразныхъ интересовъ, составляющихъ содержаніе общественной жизни. Вмѣстѣ съ тѣмъ соблюденіе юридическихъ нормъ признается обязательнымъ для всѣхъ, независимо отъ желательности для нихъ той или другой отдѣльной цѣли. И, наконецъ, содержаніе права не есть только логически необходимый выводъ изъ законовъ природы, что ясно уже изъ самаго факта разнообразія и даже противорѣчія существующихъ въ разное время и въ различныхъ странахъ юридическихъ нормъ. Но юридическія нормы суть не единственныя этическія нормы. На ряду съ ними къ этическимъ же нормамъ относятся нормы нравственныя. Для ближайшаго опредѣленія юридическихъ нормъ необходимо поэтому отграничить ихъ отъ нормъ нравственныхъ. Съ этою цѣлью мы постараемся выяснить, какъ вообще могутъ быть достигнуты совмѣщеніе и гармонія разнообразныхъ интересовъ человѣческой жизни.

Тогда само собой получится основная группировка этическихъ нормъ, ихъ раздѣленія на нравственные и юридическіе.

Полное, неограниченное осуществленіе каждой отдѣльной цѣли недоступно человѣку въ силу ограниченности его силъ и средствъ. Ему приходится ограничивать осуществленіе отдѣльныхъ цѣлей, отъ иныхъ даже вовсе отказываться. При этомъ необходимо дѣлать выборъ между различными цѣлями, сравнивать ихъ другъ съ другомъ, признавая одну болѣе важной, другую—менѣе; словомъ, необходима *оцѣнка* интересовъ. Безъ сравнительной оцѣнки невозможно было бы разобраться во множествѣ разнородныхъ цѣлей, не было бы основанія предпочитать одну цѣль другой. Такая оцѣнка цѣлей и интересовъ и есть дѣло нравственности. Какъ ни разнообразны выставляемые различными теоріями нравственные принципы, всѣ они однако даютъ то или другое мѣрило оцѣнки человѣческихъ интересовъ [1]). Въ своей функціи—служить основаніемъ оцѣнки интересовъ—всѣ они сходны. Станемъ ли выводить нравственныя правила изъ принципа пользы, истины, гармоніи, красоты, состраданія, любви, свободы, или изъ самостоятельнаго врожденнаго чувства нравственности, во всякомъ случаѣ въ практическомъ примѣненіи они будутъ служить намъ правилами оцѣнки интересовъ, приводящей къ различію добра и зла. Различіе основаній нравственныхъ теорій ведетъ къ различію критерія, мѣрила; но каждая нравственная теорія непремѣнно даетъ какое-нибудь мѣрило. Это необходимый отличительный признакъ каждой нравственной теоріи. Нравственныя правила необходимо установляютъ различіе добра и зла, того, что должно дѣлать и чего нѣтъ, нравственныхъ и безнравственныхъ цѣлей. Нравственныя правила служатъ высшимъ руководящимъ началомъ всей нашей дѣятельности, мѣриломъ всѣхъ нашихъ поступковъ.

Человѣкъ, взятый отдѣльно, изолированно, внѣ его отношеній къ другимъ людямъ, можетъ руководиться одними нравственными правилами. Разнообразныя цѣли одного человѣка могутъ быть приведены въ гармоническое соотношеніе путемъ одной только соотносительной ихъ оцѣнки. Добро и зло представляютъ извѣстную градацію. Хорошія и худыя цѣли располагаются поэтому въ извѣстной послѣдовательности, такъ что опредѣляется взаимное соотношеніе всѣхъ цѣлей человѣка. При столкновеніи нѣсколькихъ цѣлей въ ихъ осуществленіи, на основаніи нравственнаго мѣрила, всегда можно опредѣлить, которыя изъ нихъ должны быть поставлены выше, и, слѣдовательно, которыя изъ нихъ должны быть предпочтены.

---

[1]) Само собой разумѣется, что тутъ имѣются въ виду не одни только матеріальные интересы, но точно также и высшіе духовные интересы человѣка.

Но въ дѣйствительности люди не представляются обособленными, независимыми другъ отъ друга, самодовлѣющими. Мы на каждомъ шагу чувствуемъ свою зависимость отъ другихъ. Вся наша дѣятельность обусловлена общеніемъ съ ними. Осуществленіе нашихъ интересовъ невозможно внѣ отношеній къ другимъ людямъ. Да и самые интересы, опредѣляющіе содержаніе человѣческой дѣятельности, складываются подъ вліяніемъ не однихъ только личныхъ условій, а можетъ быть еще въ большей степени подъ вліяніемъ общественныхъ условій, и потому значительная ихъ доля имѣетъ не индивидуальный, а соціальный, общій характеръ. Поэтому человѣку по необходимости приходится сообразоваться не только со своими собственными интересами, но и съ интересами другихъ людей, безъ общенія съ которыми онъ не можетъ существовать.

Если же человѣкъ вступаетъ въ сношенія съ другими людьми, если его интересы сталкиваются не только между собою, но и съ интересами другихъ людей, одной оцѣнки интересовъ недостаточно для внесенія въ дѣятельность людей порядка и гармоніи. Чужой интересъ, съ которымъ приходятъ въ столкновеніе мои собственные, можетъ быть совершенно равноцѣнный съ ними или даже совершенно тождественный. Въ нравственной оцѣнкѣ въ такомъ случаѣ нельзя найти указанія, какъ устранить столкновеніе интересовъ, который изъ нихъ долженъ быть стѣсненъ, ограниченъ ради другого. Но не только въ этихъ случаяхъ столкновенія одинаковыхъ интересовъ недостаточна нравственная оцѣнка. Установленіе опредѣленнаго соотношенія между различными интересами на основаніи оцѣнки ихъ предполагаетъ, что оцѣнка эта для всѣхъ ихъ одинакова, основывается на одномъ и томъ же принципѣ. Иначе оцѣнка ихъ будетъ противорѣчивая и потому столкновенія интересовъ не будутъ устранены. Но у двухъ людей рѣдко бываютъ совершенно одинаковыя, до мелкихъ подробностей, нравственныя правила. И въ обществѣ общеобязательными признаются только основныя, болѣе важныя правила нравственности; подробности всегда остаются дѣломъ субъективнаго убѣжденія. Личныя же убѣжденія одного человѣка не могутъ быть обязательны для другого. При столкновеніи интересовъ двухъ личностей, поэтому, часто окажется недостатокъ одного общаго основанія для оцѣнки. Наконецъ и при одинаковости нравственныхъ убѣжденій сравнительная нравственная оцѣнка интересовъ различныхъ людей часто оказывается невозможной. Цѣли человѣческой дѣятельности не представляются рѣзко-разграниченными другъ отъ друга. Онѣ переплетены, связаны между собой, взаимно обусловливаясь и подчиняясь одна другой. Оцѣнка отдѣльной цѣли можетъ быть сдѣлана только по соображенію ея связи съ другими. Когда дѣло идетъ объ оцѣнкѣ цѣлей одного человѣка, это не представляетъ затрудненія. Свои собственныя цѣли и ихъ взаимную связь каждый, конечно, знаетъ хорошо. Но чужія цѣли намъ дѣлаются извѣст-

ными лишь насколько онѣ проявляются во внѣшнихъ дѣйствіяхъ. Намѣренія другого мы не можемъ узнать по объективнымъ даннымъ во всѣхъ подробностяхъ. А безъ того немыслима полная оцѣнка отдѣльныхъ цѣлей. Такъ, пріобрѣтеніе имущества можетъ быть и безнравственнымъ и нравственнымъ дѣломъ, смотря по тому, какъ намѣренъ человѣкъ воспользоваться нажитымъ достояніемъ. Поэтому, когда въ своей дѣятельности я сталкиваюсь съ дѣйствіями другого человѣка, направленными къ стяжанію, я не могу дать имъ опредѣленной нравственной оцѣнки, не могу опредѣлить, чей интересъ, мой собственный или чужой, долженъ быть поставленъ выше.

Такимъ образомъ, при столкновеніи интересовъ нѣсколькихъ личностей нельзя уладить ихъ соотношеніе посредствомъ одной сравнительной оцѣнки. Интересы могутъ быть одинаковые. Подробности, обусловливающія относительную оцѣнку интересовъ, обыкновенно при этомъ остаются неизвѣстными. Наконецъ, дѣло осложняется еще тѣмъ, что нравственныя воззрѣнія у людей неодинаковы. Только при особенно близкихъ отношеніяхъ между людьми столкновеніе ихъ интересовъ можетъ быть улажено посредствомъ одной оцѣнки. Для этого необходимы: совершенное тождество нравственныхъ убѣжденій, полная откровенность, безусловное взаимное довѣріе и настолько сильная любовь, чтобы чужой интересъ вполнѣ приравнивался къ собственному. Такія отношенія существуютъ только въ рѣдкихъ случаяхъ. При обычномъ же характерѣ взаимныхъ отношеній людей нѣтъ ни одинаковости убѣжденій, ни откровенности, ни довѣрія, ни любви. Одна оцѣнка интересовъ не устраняетъ поэтому ихъ столкновенія и является надобность въ установленіи опредѣленнаго отношенія чужихъ интересовъ къ своимъ.

Взаимныя отношенія людей, интересы которыхъ сталкиваются, могутъ представлять собою два существенно различныхъ типа. Во первыхъ, интересы одного могутъ быть безусловно подчинены интересамъ другого, такъ что одинъ изъ нихъ окажется въ положеніи лишь средства для цѣлей другого. При такомъ безусловномъ подчиненіи отношенія властвующаго къ подвластному опредѣляются тѣми же началами, какъ и отношенія къ животнымъ, къ вещамъ, признаваемымъ человѣкомъ лишь средствомъ для его цѣлей. Осуществленіе этихъ цѣлей опредѣляется техническими нормами; выборъ между ними—нравственными. Никакихъ новыхъ, особыхъ нормъ для опредѣленія соотношенія интересовъ подвластнаго къ интересамъ властвующаго тутъ не можетъ быть.

Но можетъ быть, во вторыхъ, и такъ, что субъекты сталкивающихся между собой интересовъ противопоставляются другъ другу какъ самоцѣльныя личности, изъ коихъ ни одна не признается только средствомъ для другихъ. Въ такомъ случаѣ не можетъ быть безусловнаго подчиненія интересовъ одного интересамъ другого, а осуществленію интересовъ

каждаго должна быть отграничена извѣстная сфера, или, другими словами, интересы эти для возможности ихъ совмѣстнаго неосуществленія должны быть такъ или иначе *разграничены.* Подобно оцѣнкѣ интересовъ, и для разграниченія ихъ человѣческое сознаніе вырабатываетъ опредѣленныя нормы—нормы разграниченія интересовъ, которыя такъ же, какъ и нормы оцѣнки, служатъ той же цѣли, совмѣстному осуществленію всѣхъ разнообразныхъ человѣческихъ цѣлей. Слѣдовательно, и нормы разграниченія интересовъ суть нормы этическія. Но въ отличіе отъ нравственныхъ нормъ онѣ не даютъ мѣрила для оцѣнки интересовъ, для различія добра и зла. Онѣ указываютъ только, насколько мы имѣемъ или не имѣемъ права осуществлять наши интересы при столкновеніи ихъ съ чужими интересами. Слѣдовательно, *нормы разграниченія интересовъ* опредѣляютъ границу между правомъ и неправомъ *и суть юридическія нормы.*

Такимъ образомъ, различіе нравственности и права можетъ быть формулировано очень просто. Нравственность даетъ *оцѣнку* интересовъ, право—ихъ *разграниченіе.* Какъ установленіе мѣрила для оцѣнки нашихъ интересовъ есть задача каждой нравственной системы, такъ установленіе принципа для разграниченія интересовъ различныхъ личностей—есть задача права. Не трудно показать, что этимъ основнымъ различіемъ права и нравственности обусловливаются и объясняются всѣ частныя различія, замѣчаемыя между нравственными и юридическими нормами.

Такъ какъ право предполагаетъ разграниченіе интересовъ различныхъ личностей, то юридическія нормы опредѣляютъ только отношенія къ другимъ, а не къ самому себѣ. Нравственныя правила, напротивъ, установляютъ обязанности и въ отношеніи къ самому себѣ, потому что оцѣнка интересовъ имѣетъ значеніе и для человѣка, взятаго совершенно отдѣльно.

Примѣненіе юридическихъ нормъ обусловлено противоположеніемъ моимъ интересамъ чужихъ интересовъ и потому соблюденіе ихъ обязательно только подъ условіемъ существованія этого чужого интереса, ради котораго я долженъ въ своей дѣятельности подчиняться юридическимъ нормамъ. Если же субъектъ этого чужого интереса, ограничивающаго мои интересы, самъ освобождаетъ меня отъ соблюденія юридическихъ нормъ, обязательность ихъ падаетъ. Volenti non fit injuria. Напротивъ, обязательность нравственныхъ нормъ не обусловлена вовсе заинтересованностью другихъ людей въ ихъ исполненіи. Если даже никто отъ меня того не требуетъ, нравственный долгъ сохраняетъ всю свою силу. Это потому, что нравственная оцѣнка интересовъ не обусловлена вовсе противоположеніемъ своихъ и чужихъ интересовъ.

Этимъ объясняется также, что изъ нравственныхъ нормъ выводится только безусловный нравственный долгъ; изъ юридическихъ—обусловлен-

ныя другъ другомъ право и обязанность. Право есть именно обусловленная соотвѣтствующею обязанностью другого лица возможность осуществлять данный интересъ въ установляемыхъ юридическими нормами предѣлахъ. Юридическая обязанность есть обязанность выполнять вытекающія изъ чужого права требованія, соблюдать установляемыя юридическими нормами границы сталкивающихся интересовъ. Поэтому, въ отличіе отъ нравственнаго долга, юридическая обязанность сохраняется только до тѣхъ поръ, пока существуетъ чужой интересъ, ради котораго она установлена. Отсюда понятіе давности, погашающей обязанности, понятіе, невѣдомое нравственности.

Оцѣнка интересовъ есть, конечно, дѣло внутренняго убѣжденія; разграниченіе—дѣло внѣшняго соотношенія интересовъ нѣсколькихъ личностей. Нравственность поэтому, какъ дѣло чистаго убѣжденія, не допускаетъ вовсе принужденія. Убѣжденія не создаются и не мѣняются внѣшнею силой. Право, напротивъ, иногда допускаетъ и принужденіе, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда разграниченіе интересовъ достигается посредствомъ одного запрещенія дѣйствій, мѣшающихъ осуществленію разграниченныхъ интересовъ. Силой нельзя навязать убѣжденія, но можно помѣшать совершить то или другое дѣйствіе.

Нравственная оцѣнка интересовъ можетъ найти себѣ примѣненіе и тогда, если она принята однимъ только человѣкомъ, конечно, въ его собственной дѣятельности. Разграниченіе интересовъ требуетъ признанія данной нормы всѣми субъектами разграничиваемыхъ интересовъ. Поэтому нравственность есть дѣло болѣе индивидуальное, право—болѣе общественное.

Такимъ образомъ, частныя характерныя различія права и нравственности являются только выводами изъ коренного ихъ различія, какъ разграниченія и оцѣнки интересовъ.

Съ другой стороны, не трудно также доказать, что каждая юридическая норма есть непремѣнно норма разграниченія интересовъ. Это явствуетъ, во первыхъ, изъ того, что юридическія нормы непримѣнимы въ отношеніяхъ къ животнымъ или къ рабу, какъ къ такимъ существамъ, интересы которыхъ не разграничиваются съ интересами хозяина, а вполнѣ поглощаются ими. Во вторыхъ, каждая юридическая норма непремѣнно предполагаетъ соотношеніе интересовъ различныхъ лицъ и даетъ ихъ разграниченіе. Въ гражданскомъ правѣ разграничиваются интересы отдѣльныхъ частныхъ лицъ, вступающихъ въ разнообразныя отношенія: мужа и жены, родителей и дѣтей, покупателей и продавца, нанимателя и наемника, должника и кредитора и т. д. Въ уголовномъ процессѣ разграничиваются интересы обвинителя и подсудимаго. Въ гражданскомъ процессѣ разграничиваются интересы истца и отвѣтчика. Въ государственномъ правѣ разграничиваются интересы всѣхъ отдѣльныхъ участниковъ

государственнаго общенія, отъ монарха до послѣдняго подданнаго. Въ международномъ правѣ разграничиваются интересы людей, какъ участниковъ международнаго общенія, и интересы ихъ, какъ гражданъ отдѣльныхъ государствъ.

§ 7. *Соотношеніе права и нравственности.*

Ренненкампфъ. Право и нравственность въ ихъ обоюдномъ отношеніи (Архивъ практ. и ист. свѣд. 1860). *Щегловъ.* Право и нравственность 1888. *Stahl,* Die Philosophie des Rechts. 1878. B. II, s. 191. *Arhens,* Die Rechtsphilosophie, I, s. 145. *Röder,* Grundzuge des Naturrechts. 1860. I. s. 110. *Schäffle,* Bau und Leben des socialen Körpers. 1881, I, s. 593. *Lasson,* System der Rechtsphilosophie, 1880. *Jellinek.* Die socialistische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, s. 42. *Wallaschek.* Studien zur Rechtsphilosophie, 1889, s. 52. *Balts.* Les fondements de la morale et de droit 1890.

И такъ, право въ отличіе отъ нравственности даетъ не оцѣнку интересовъ, а ихъ разграниченіе. Каково же ихъ взаимное соотношеніе? Совершается ли разграниченіе интересовъ совершенно независимо отъ той или другой ихъ нравственной оцѣнки или, напротивъ, и самое разграниченіе опредѣляется тѣмъ, какая нравственная оцѣнка будетъ признана за каждымъ изъ сталкивающихся между собою интересовъ?

Крайнія индивидуалистическія теоріи, господствовавшія въ XVII и XVIII вв., въ послѣдовательномъ своемъ развитіи приводили къ отрицанію всякой связи разграниченія интересовъ отдѣльныхъ личностей правомъ съ нравственной ихъ оцѣнкой. Въ своемъ объясненіи общественныхъ явленій теоріи эти исходили изъ представленія объ отдѣльномъ человѣкѣ, какъ совершенно обособленной, ничѣмъ съ другими несвязанной личности, и всѣ отношенія между людьми разсматривали, какъ установленія ихъ сознательной, свободной воли. Исходнымъ началомъ признавалась полная индивидуальная, самой природой данная свобода; всякое общеніе людей и всякая между ними зависимость объяснялась какъ ихъ собственное произвольное дѣло. Съ этой точки зрѣнія полное разграниченіе интересовъ отдѣльныхъ личностей требовало только устраненія вторженія одной личности въ естественно существующую свободу другой, безъ всякаго вниманія къ тому, какимъ содержаніемъ пополняется эта свобода, для какихъ цѣлей пользуются ею.

Первый, опредѣленно установившій въ самомъ началѣ XVIII столѣтія рѣзкое противоположеніе права и нравственности, былъ Христіанъ Томазій (Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, inquibus ubique secernentur principia honesti, justi ac decori, 1713). Къ праву онъ относилъ правила чисто отрицательнаго характера, предписывающія чего-либо не дѣлать, и притомъ установляющія обязанности въ

отношеніи къ другимъ. Основнымъ принципомъ права онъ признавалъ поэтому слѣдующее правило: не дѣлай другимъ того, чего не желаешь, чтобы они дѣлали тебѣ самому (quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris). Нравственность, напротивъ, обнимаетъ правила положительныя, устанавляющія обязанности къ самому себѣ. Основное правило нравственности таково: дѣлай себѣ то, что желаешь, чтобы и другія себѣ дѣлали. Правила права и нравственности, различныя по своему содержанію, и осуществляются различнымъ образомъ. Нравственныя обязанности, какъ положительныя и касающіяся насъ самихъ, могутъ быть намъ преподаны только въ формѣ *совѣта:* забота объ ихъ усвоеніи людьми есть дѣло учителя. Обязанности юридическія, какъ отрицательныя и относящіяся къ другимъ, предписываются намъ *велѣніемъ,* несоблюденіе котораго влечетъ за собою наказаніе, такъ какъ нельзя предоставить на произволъ каждаго соблюдать или нѣтъ свои обязанности въ отношеніи къ другимъ. Государственная власть, вооруженная силою принужденія, призвана заботиться о соблюденіи юридическихъ обязанностей, но только ихъ однѣхъ. Въ сферу нравственныхъ обязанностей государственная власть не должна вмѣшиваться.

У послѣдующихъ мыслителей XVIII вѣка, въ особенности у Канта и Фихте, выставленное Томазіемъ противоположеніе права и нравственности получило себѣ дальнѣйшее развитіе. Кантъ основнымъ началомъ права, началомъ, изъ котораго съ логическою необходимостью вытекаютъ всѣ юридическія нормы, считалъ велѣніе каждому дѣйствовать такъ, чтобы его свобода совмѣщалась съ свободой всѣхъ и каждаго. Поэтому юридическія нормы регулируютъ только одну внѣшнюю сторону человѣческихъ дѣйствій и опираются въ своемъ осуществленіи на принужденіе. У Фихте это воззрѣніе получило еще болѣе рѣзкое выраженіе. Для него право есть чисто механическій порядокъ совмѣстнаго существованія многихъ личностей, совокупность внѣшнихъ условій совмѣстнаго существованія людей, осуществляемыхъ силою принужденія.

Выставленное индивидуалистическими теоріями противоположеніе правъ и нравственности сдѣлалось лозунгомъ въ борьбѣ за свободу совѣсти и вообще за индивидуальную свободу противъ системы всепоглощающей правительственной опеки. Религіозныя преслѣдованія и вмѣшательство власти въ самыя интимныя стороны личной жизни находили себѣ основаніе въ прежнемъ смѣшеніи права и нравственности. При такомъ отождествленіи, законодательство, призванное установлять юридическія нормы, естественно распространяло свое дѣйствіе и на вопросы совѣсти, регулировало и нравственное достоинство человѣческихъ поступковъ. Рѣзкое отдѣленіе права отъ нравственности, напротивъ, приводило къ признанію того начала, что право должно быть индифферентно къ вопросамъ нравственности. Оно должно только размежевать внѣшнюю сво-

боду людей, совершенно не касаясь того, какъ воспользуются люди отмежеванной имъ свободой, согласно нравственнымъ требованіямъ или нѣтъ.

Какъ реакція противъ чрезмѣрнаго стѣсненія личной свободы государственнымъ вмѣшательствомъ, это ученіе сослужило важную историческую службу. Нравственныя воззрѣнія всегда болѣе или менѣе субъективны и вмѣстѣ съ тѣмъ касаются самыхъ интимныхъ, самыхъ сокровенныхъ сторонъ личной жизни человѣка. Поэтому законодательство, полагающее въ основу разграниченія интересовъ опредѣленную нравственную ихъ оцѣнку, неизбѣжно стѣсняетъ индивидуальную свободу. Индифферентизмъ закона въ отношеніи къ нравственности лучше всего согласимъ съ широкой личной свободой.

Но на ряду съ этимъ преимуществомъ, противоположеніе права и нравственности имѣетъ и свои темныя стороны. Если право вполнѣ безразлично относится къ нравственнымъ правиламъ, то это неизбѣжно приводитъ къ признанію права и на безнравственныя дѣянія, если только при этомъ личность формально не выходитъ изъ предѣловъ отмежеванной ей свободы. Самые возвышенные нравственные интересы должны при такомъ взглядѣ уступать формальнымъ требованіямъ права, приноситься имъ въ жертву. Строгое осуществленіе права оказывается при такихъ условіяхъ нерѣдко вопіющей несправедливостью: summum jus, summa injuria. Поэтому, какъ только рѣзкимъ противоположеніемъ права и нравственности было отвоевано извѣстное признаніе личной свободы и въ особенности свободы совѣсти, крайности этого ученія обратили на себя вниманіе и вызвали стремленіе вновь сблизить право съ нравственностью. Это стремленіе выразилось уже у Фихте. Явившись въ прежнихъ своихъ произведеніяхъ крайнимъ представителемъ разъединенія права и нравственности (Grundlage des Naturrechts 1796 г.), онъ подъ конецъ склонился къ противоположному взгляду, признавъ въ своей System der Rechtslehre 1812 года необходимость сближенія права съ нравственностью. А въ настоящее время необходимость связи между правомъ и нравственностью сдѣлалась, въ особенности благодаря ученію органической школы, общепризнанной.

Въ дѣйствительности право никогда не обособляется вполнѣ отъ нравственности. Разграниченіе интересовъ не можетъ не считаться съ нравственной ихъ оцѣнкой, не можетъ быть основано только на отрицательномъ требованіи некасательства до чужихъ интересовъ, до чужой воли, потому что естественное состояніе людей не есть вовсе состояніе нашей обособленности. Общеніе людей не создается дѣйствіемъ ихъ сознательной воли, а обусловлено обыкновенными условіями, установляющими взаимную зависимость людей помимо ихъ воли. Поэтому и разграниченіе ихъ интересовъ не можетъ быть достигнуто однимъ лишь недопущеніемъ произвольнаго вмѣшательства въ чужіе интересы. Человѣчество

связано и переплетено между собой независимо отъ ихъ воли, да и по содержанію своему многіе изъ нихъ имѣютъ не индивидуальный, а общественный характеръ, по существу своему предполагаютъ отношенія къ другимъ людямъ, совмѣстную солидарную дѣятельность многихъ, направленную къ одной общей цѣли. Въ силу этого разграниченіе интересовъ одного человѣка съ интересами другихъ заурядъ требуетъ не одного только некасательства до чужихъ интересовъ, а также ограниченія осуществленія своихъ собственныхъ интересовъ ради обезпеченія возможности осуществленія болѣе высокихъ чужихъ интересовъ. При такихъ условіяхъ разграниченіе интересовъ возможно безъ сравнительной нравственной ихъ оцѣнки. И дѣйствительно, въ положительномъ законодательствѣ тѣ или другія нравственныя начала всегда оказывали весьма значительное вліяніе на способъ разграниченія интересовъ.

Точно также никогда право не ограничиваетъ своихъ опредѣленій одной только внѣшней стороной человѣческихъ дѣйствій, а всегда болѣе или менѣе принимаетъ въ соображеніе и внутренніе ихъ стимулы. И современное право въ этомъ отношеніи идетъ даже дальше права некультурныхъ обществъ. Для установленія договорныхъ обязательствъ современное право требуетъ наличности дѣйствительнаго соглашенія, дѣйствительнаго совпаденія воли, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, такого соглашенія по правилу достаточно; не требуется соблюденія особой внѣшней формы. Между тѣмъ, какъ прежде обязательства установлялись именно въ силу соблюденія такой формы независимо отъ наличности дѣйствительной воли. Юридическій характеръ преступнаго дѣянія опредѣляется не столько внѣшними послѣдствіями дѣйствія, сколько намѣреніемъ, его вызвавшимъ.

Лицо, причинившее другому, съ намѣреніемъ его убить, лишь легкое поврежденіе, будетъ обвинено всетаки въ покушеніи на убійство, а нанесшій другому, безъ намѣренія лишить его жизни, рану, послѣдствіемъ которой оказалась въ дѣйствительности смерть, будетъ обвиняться только въ нанесеніи ранъ, а не въ убійствѣ. Точно также и тяжесть наказанія въ гораздо большей степени зависитъ отъ свойства намѣренія, нежели отъ матеріальнаго вреда, получившагося въ результатѣ его осуществленія.

Съ другой стороны, нравственность требуетъ отъ насъ не однихъ добрыхъ намѣреній, но и дѣлъ, и притомъ большею частью въ отношеніи къ другимъ.

Любовь къ ближнему есть основа всего христіанскаго нравственнаго ученія, да и лишенныя религіозной основы современныя этическія теоріи имѣютъ по большей части альтруистическій характеръ.

Такъ какъ въ настоящее время индивидуалистическія теоріи смѣнились ученіями, которыя въ объясненіи людскихъ отношеній исходятъ не-

изъ начала индивидуальной особенности, а именно изъ факта общественной зависимости людей, то и разрѣшеніе вопроса о соотношеніи права и нравственности думаютъ теперь найти не въ рѣзкомъ противоположеніи ихъ другъ къ другу. Право уже не признаютъ совершенно независимымъ отъ нравственности, а, напротивъ, ставятъ его въ подчиненное отношеніе къ нравственности. Цѣлью права признаютъ осуществленіе нравственности.

Поворотъ къ такому взгляду на соотношеніе права и нравственности замѣтенъ уже у Гегеля, такъ какъ право, мораль, нравственность онъ считалъ послѣдовательными моментами діалектическаго развитія свободы. Право и мораль онъ представлялъ себѣ лишь какъ различныя стороны того, что во всей полнотѣ осуществляется въ нравственности. Но самое пониманіе нравственности было у него весьма своеобразно; нравственность, Sittlichkeit, означаетъ у него собственно общественный порядокъ (семью, гражданское общество, государство). Соотношеніе же права и морали и у Гегеля еще понимается какъ прямая противоположность. Право лишено само по себѣ всякаго опредѣленнаго содержанія и установляетъ одну *возможность* свободы. Мораль, напротивъ, опредѣляетъ не возможное, а *должное*, и тѣмъ указываетъ содержаніе праву. Такимъ образомъ право и мораль противополагаются другъ другу, какъ возможное и должное, и противоположность ихъ снимается, какъ въ высшемъ единствѣ, въ нравственности, представляющей собою дѣйствительность того, что въ правѣ является только возможнымъ, въ морали—только должнымъ.

Болѣе рѣшительно подчиненіе права нравственности было высказано въ ученіяхъ органической школы. Такъ, Аренсъ признаетъ мотивомъ человѣческой дѣятельности стремленіе къ воплощенію человѣческаго идеала, тождественнаго съ высшимъ благомъ для человѣчества. Но стремленіе это выражается въ стремленіи къ различнымъ отдѣльнымъ цѣлямъ, обусловленнымъ человѣческой природой. Такъ какъ человѣкъ есть, прежде всего, самостоятельное, отдѣльное существо, то цѣли его вытекаютъ прежде всего изъ потребностей индивидуальной жизни; таковы сохраненіе жизни, здоровья, чести. Но человѣкъ есть также и существо общежительное; поэтому, у него имѣются и общественныя потребности: языкъ, религія, наука, искусство. Такимъ образомъ, получаются двѣ группы благъ, составляющихъ цѣли человѣческой дѣятельности. Обѣ эти группы благъ Аренсъ называетъ матеріальными благами. Но рядомъ съ ними существуютъ еще блага формальныя, которыя не представляютъ собою особенныхъ человѣческихъ интересовъ, но только опредѣленное соотношеніе между различными элементами человѣческой жизни. Такова нравственность и право. Нравственность регулируетъ мотивы и цѣли человѣческой дѣятельности, а право есть опредѣленіе зависящихъ отъ человѣческой воли условій осуществленія указываемыхъ нравственностью цѣлей.

Подобные же взгляды весьма распространены и между современными представителями положительнаго направленія: извѣстный государствовѣдъ Еллинекъ опредѣляетъ соотношеніе права и нравственности такъ, что право есть этическій минимумъ, т. е. совокупность тѣхъ нравственныхъ требованій, соблюденіе которыхъ на данной стадіи общественнаго развитія признается безусловно необходимымъ. Право, слѣдовательно, съ такой точки зрѣнія есть только часть нравственности, та именно часть, которая составляетъ необходимое условіе даннаго общественнаго порядка. Все, что въ нравственныхъ требованіяхъ содержится сверхъ этого необходимаго минимума, составляетъ нравственность въ тѣсномъ смыслѣ въ отличіе отъ права. Соблюденіе такихъ нравственныхъ требованій только желательно, а не необходимо: это своего рода этическая роскошь.

Въ нѣсколько видоизмѣненной и болѣе точной формѣ повторяетъ въ сущности то же самое и Валлашекъ. Право и нравственность должны бы были, по его словамъ, относиться другъ къ другу собственно какъ форма и содержаніе. Нравственность указываетъ идеалъ человѣческой дѣятельности; право есть попытка его дѣйствительнаго осуществленія. Слѣдовало бы, чтобы вся нравственность облекалась въ форму права и чтобы все право пополнялось нравственнымъ содержаніемъ. Но такъ какъ нравственныя правила лишены пока для насъ объективной доказательности, то, въ виду такой гадательности и спорности нравственныхъ правилъ, люди должны довольствоваться осуществленіемъ въ формѣ права лишь того, что безусловно необходимо для существованія обществъ. Поэтому, право есть не самый этическій минимумъ, а только его осуществленіе.

Подобнаго рода подчиненіе права нравственности, какъ средства цѣли, какъ формы содержанію, представляетъ, однако же, такую же, хотя и въ противоположномъ направленіи, крайность, какъ и прежнее полное обособленіе права и нравственности. Въ правѣ нельзя видѣть только осуществленіе нравственности уже потому, во-первыхъ, что не все содержаніе права опредѣляется нравственными началами. Многія правоположенія представляются съ нравственной точки зрѣнія совершенно безразличными. Таковы, напримѣръ, опредѣленія формъ юридическихъ дѣйствій, сроковъ, числа свидѣтелей и т. п.

Во-первыхъ, неправильность такого взгляда на соотношеніе права и нравственности доказывается въ особенности тѣмъ, что къ числу разнообразныхъ интересовъ, могущихъ требовать разграниченія, относится между прочимъ и возможность каждому руководиться въ своихъ дѣйствіяхъ своими собственными нравственными убѣжденіями. Такъ какъ нравственныя убѣжденія у отдѣльныхъ людей не одинаковы, а различны, то содержаніе права не можетъ быть сведено все къ осуществленію нравственнаго идеала: оно, кромѣ того, должно дать и разграниченіе

могущихъ сталкиваться между собой въ своемъ практическомъ осуществленіи различныхъ противорѣчащихъ другъ другу нравственныхъ идеаловъ.

Взаимное соотношеніе права и нравственности не можетъ быть подведено подъ одну общую формулу, одинаково примѣнимую ко всѣмъ стадіямъ и типамъ общественнаго развитія. Когда все общество держится однихъ и тѣхъ же нравственныхъ воззрѣній, ими, конечно, опредѣляется и разграниченіе сталкивающихся интересовъ отдѣльныхъ личностей. При разграниченіи интересовъ, имѣющихъ, по общему, для всѣхъ безспорному признанію, не одинаковую нравственную цѣну, выше цѣнимому съ нравственной точки зрѣнія интересу не можетъ быть не отдано преимущество; противорѣчащіе ему низшіе интересы не могутъ быть не стѣснены въ своемъ осуществленіи. Поэтому, въ первобытномъ обществѣ, гдѣ нѣтъ разнообразія нравственныхъ воззрѣній, гдѣ всѣ подчиняются изстари установившимся нравамъ, и разграниченіе интересовъ опредѣляется ими и потому право по содержанію своему почти сливается съ нравственностью. Когда же съ развитіемъ общественной жизни изстари сложившіеся нравы, подъ вліяніемъ болѣе сложныхъ и болѣе измѣнчивыхъ общественныхъ условій, теряютъ свою прежнюю неподвижность и однообразіе и въ общественное сознаніе начинаютъ проникать новыя нравственныя понятія, право, какъ требующее непремѣнно общаго признанія, дольше всего сохраняетъ въ своемъ основаніи старыя нравственныя начала. Тогда нравственныя сужденія расходятся съ той оцѣнкой интересовъ, на которой основано установляемое правомъ ихъ разграниченіе. Нравственныя понятія оказываются болѣе прогрессивными, болѣе развитыми, чѣмъ право. Право представляетъ тогда собою какъ бы низшую степень развитія, уже пройденную нравственностью. Но такое соотношеніе права и нравственности не есть что-либо необходимое. Тамъ, гдѣ право создается не старыми народными обычаями, а сильною правительственною властью, не связанною безусловнымъ подчиненіемъ народнымъ воззрѣніямъ, законодательство можетъ, наоборотъ, исходить изъ нравственныхъ понятій, далеко опережающихъ собою общій уровень нравственнаго развитія даннаго общества. Наконецъ, когда, съ еще большимъ осложненіемъ условій общественнаго развитія, въ обществѣ образуется одновременно нѣсколько однообразныхъ нравственныхъ ученій, въ основу разграниченія интересовъ для всѣхъ обязательнымъ правомъ можетъ быть принято только то, что всѣмъ имъ обще, всѣми ими одинаково признается. Благодаря этому, образуется извѣстная сфера нравственныхъ вопросовъ, въ отношеніи къ которымъ, какъ къ лишеннымъ общаго признанія, право остается индифферентнымъ. Предѣлы этой сферы и степень, такъ сказать, расхожденія правъ и нравственности по содержанію не постоянны, а мѣняются въ зависимости отъ того, какъ

широкъ кругъ общепризнанныхъ нравственныхъ правилъ. И нельзя сказать, чтобы съ постепеннымъ ходомъ общественнаго развитія эти предѣлы измѣнялись въ одномъ опредѣленномъ направленіи. Конечно, съ развитіемъ общественная жизнь дѣлается сложнѣе и разнороднѣе и потому открывается большая возможность для разнообразія нравственныхъ воззрѣній, но и на высокихъ ступеняхъ общественнаго развитія могутъ быть моменты общаго увлеченія опредѣленнымъ религіознымъ или нравственнымъ ученіемъ: тогда и право въ большей степени проникается нравственными началами.

§ 8. *Право и законъ въ научномъ смыслѣ.*

Милль, Система логики I, стр. 345. *Eucken.* Geschichte und Kritik der Grundbegriffe der Gegenwart. 1878. S. 115 „Gesetz". *Муромцевъ.* Очерки общей теоріи гражданскаго права. 1887, стр. 85.

Всякая вообще норма, будетъ ли это норма юридическая или нравственная, этическая или техническая, есть правило, обусловленное опредѣленною цѣлью, другими словами—правило должнаго; этимъ всѣ вообще нормы отличаются отъ законовъ въ научномъ смыслѣ. Законъ въ научномъ смыслѣ есть общая формула, выражающая подмѣченное однообразіе явленія. Законъ выражаетъ не то, что *должно* быть, а то, *что есть* въ дѣйствительности,—не должное, а сущее. Законъ есть лишь обобщенное выраженіе дѣйствительности.

Отсюда вытекаетъ далѣе то различіе нормы и закона, что нормы могутъ быть нарушаемы; нарушить же законъ невозможно. Нормы только указываютъ, какъ должно поступать для достиженія опредѣленной цѣли. Но можно поступать и не такъ, какъ должно, можно и уклониться отъ соблюденія нормы; законъ же, напротивъ, не зависитъ отъ чьей-либо воли, такъ какъ выражаетъ не то, что должно быть осуществлено чьей-либо волей, а то, что, независимо отъ человѣческой воли, существуетъ, необходимо.

Наконецъ, нормы и законы различаются еще и тѣмъ, что нормы, руководя дѣятельностью людей, указывая имъ пути достиженія ихъ цѣлей, причиннымъ образомъ обусловливаютъ поступки людей, слѣдовательно, служатъ причиной явленія. Законы, выражая лишь уже существующее однообразіе явленій, не могутъ быть причиной этихъ явленій. Законъ объясняетъ намъ, не *почему* явленія совершаются, а только, *какъ* они совершаются. Не законы суть причина явленій, а другія явленія же, причиннымъ образомъ ихъ обусловливающія. Такъ, законъ тяготѣнія не объясняетъ, почему тѣла тяготѣютъ другъ къ другу, а только какъ они тяготѣютъ. Если же иногда говорятъ, что такое-то явленіе совершилось, *потому что* существуетъ такой-то законъ, „*потому что*" означаетъ

здѣсь не причинную, а логическую связь. Дѣло въ томъ, что законами принято называть только наиболѣе общія формулы однообразія явленій, которыя уже нельзя свести къ другимъ, еще болѣе общимъ. Поэтому, всѣ частныя обобщенія представляются какъ бы логическими выводами изъ законовъ, какъ наивысшихъ обобщеній. Напримѣръ, если мы скажемъ, движеніе падающаго тѣла есть ускорительное, *потому что* тяготѣніе обратно пропорціонально квадрату разстоянія, то первое, частное положеніе, есть логическій выводъ изъ второго, общаго положенія. Причинной же связи здѣсь нѣтъ.

Итакъ, въ отличіе отъ нормы, какъ правила должнаго, могущаго быть нарушеннымъ и служащимъ причиной человѣческихъ дѣйствій, законъ въ научномъ смыслѣ есть лишь выраженіе дѣйствительно существующаго однообразія явленій, не допускающаго отступленій, и по тому самому не можетъ быть причиной этихъ явленій.

Такое пониманіе закона такъ прочно установилось въ современной наукѣ, что оно одинаково принимается и позитивистами и метафизиками. Такъ, Льюисъ предостерегаетъ отъ „заблужденія", будто законы управляютъ явленіями, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ они только служатъ формулой для выраженія явленій. То же самое говоритъ и Эд. Гартманъ. „Законы не суть какія-то витающія въ воздухѣ существа, а лишь абстракціи отъ силъ и веществъ; только потому, что данная сила и данное вещество таковы, а не иныя, дѣйствуютъ они такъ, а не иначе. Это постоянство опредѣленнаго дѣйствія (Constanz des So Wirkens) и есть то, что мы называемъ закономъ [1]).

Юридическія нормы не выражаютъ того, что есть, а указываютъ лишь, что должно быть; онѣ могутъ быть нарушаемы, онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ причиной явленій, а именно всѣхъ тѣхъ явленій, совокупность которыхъ образуетъ юридическій бытъ общества. Поэтому, юридическія нормы не могутъ быть подводимы подъ понятіе закона въ научномъ смыслѣ. Каково же ихъ взаимное соотношеніе? Юридическая литература даетъ весьма различные отвѣты на этотъ вопросъ.

Одни утверждаютъ, что юридическія нормы замѣняютъ собою въ отношеніи къ общественной жизни дѣйствіе законовъ въ научномъ смыслѣ.

Между тѣмъ, какъ въ природѣ однообразный порядокъ установляется самъ собой, въ силу необходимой закономѣрности явленій, въ человѣческомъ обществѣ порядокъ установляется искусственно, посредствомъ осуществляемыхъ человѣческою волею юридическихъ нормъ. Предполагается, что въ общественной жизни, слагающейся изъ сознательныхъ людскихъ дѣйствій, не можетъ имѣть мѣста дѣйствіе законовъ въ науч-

---

[1]) *Льюисъ.* Вопросы о жизни и духѣ. I, стр. 105. *Hartmann.* Philosophie des Unbewussten, II, s. 96.

номъ смыслѣ. Это воззрѣніе обусловлено ошибочнымъ мнѣніемъ, будто бы законы суть причины явленій—заблужденіе, объясняемое тѣмъ, что слово законъ употребляется не только для обозначенія законовъ въ научномъ смыслѣ, но и для обозначенія нормъ. Въ этомъ смыслѣ говорятъ о законахъ искусства, нравственности, о законахъ божественныхъ, государственныхъ. И первоначальное значеніе слова законъ (νομος, lex) было именно таково. Подъ закономъ первоначально разумѣлось не выраженіе необходимаго однообразія явленій, а правило, установленное чьей-либо сознательной волей. Еще у Аристотеля не было понятія о законѣ въ научномъ смыслѣ. Только римляне начали употреблять законъ для обозначенія не только правилъ человѣческой дѣятельности, но и необходимаго порядка явленій природы. Такъ, у Лукреція говорится о leges naturae. Если держаться первоначальнаго значенія, если понимать законъ, какъ причину явленій, если думать, что явленія совершаются такъ, а не иначе, въ силу существованія въ мірѣ законовъ, какъ какихъ-то особыхъ силъ, принуждающихъ явленія совершаться опредѣленнымъ образомъ, то, конечно, придется выдѣлить въ обособленную сферу область явленій, вызываемыхъ нашею волею, такъ какъ въ отношеніи къ нимъ очевидно, что причина ихъ не законъ, а воля.

Но въ дѣйствительности законы, какъ мы уже знаемъ, вовсе не должны быть признаваемы причинами явленій. Законъ скорѣе результатъ, нежели причина. При такомъ правильномъ пониманіи закона нѣтъ никакого основанія не распространять дѣйствія законовъ и на человѣческую дѣятельность. Наши дѣйствія вызываются сознательною волею—это безспорно. Но это объясняетъ только, *почему* мы дѣйствуемъ: потому что въ насъ есть воля, побуждающая насъ къ дѣятельности. Но этимъ однимъ еще не объясняется, *какъ* мы дѣйствуемъ. Природа всѣхъ людей представляетъ извѣстныя общія свойства и эта общность приводитъ къ тому, что въ дѣятельности замѣчается въ общемъ извѣстное однообразіе. Будучи нами подмѣчено и формулировано, это однообразіе составитъ законъ нашей дѣятельности. Такимъ образомъ, понятіе закона, какъ подмѣчаемаго однообразія явленій, примѣнимо одинаково и къ человѣческой дѣятельности. Нельзя сказать, чтобы законы въ отношеніи къ ней не дѣйствовали, чтобы они должны были тутъ замѣняться чѣмъ-либо другимъ. И дѣйствительно, современной наукѣ уже удалось доказать существованіе извѣстной закономѣрности общественныхъ явленій. Въ особенности много содѣйствовали этому статистическія изслѣдованія, указавшія на существованіе постоянныхъ законовъ для многихъ явленій общественной жизни. Дѣлаютъ также попытки путемъ историко-сравнительнаго изученія жизни человѣческихъ обществъ придти къ установленію законовъ сосуществованія и развитія соціальныхъ явленій. Если же разъ могутъ быть установлены законы общественныхъ явленій, нельзя уже считать

юридическія нормы замѣной законовъ въ отношеніи къ человѣческому обществу.

Прямую противоположность разсмотрѣнному воззрѣнію составляетъ такое пониманіе соотношенія нормъ должнаго и законовъ, что между ними нѣтъ принципіальнаго различія: то, что мы называемъ нормами должнаго, нравственностью, правомъ, есть не болѣе, какъ наша догадка о тѣхъ законахъ, которыми съ необходимостью опредѣляется наша дѣятельность. По несовершенству нашему, мы не можемъ достигнуть полнаго абсолютнаго знанія, но безконечно къ нему приближаемся, замѣняя однѣ догадки объ управляющихъ нами законахъ другими, все болѣе и болѣе приближающимися къ истинѣ.

Но и такое рѣшеніе вопроса, подобно выше разсмотрѣнному, грѣшитъ грубымъ смѣшеніемъ существенно различныхъ понятій. Какъ то основывалось на смѣшеніи законовъ явленій съ ихъ причинами, такъ это на игнорированіи существеннаго принципіальнаго различія между нормами и законами. Различіе это, совершенно не допускающее возможности видѣть въ правѣ только человѣческую догадку о законахъ, управляющихъ человѣческою дѣятельностью, сказывается, главнымъ образомъ, въ двухъ отношеніяхъ. Во-первыхъ, право не есть, помимо воли и сознанія людей, существующій порядокъ, людьми только подмѣченный, какъ это имѣется въ отношеніи къ законамъ. Если даже признать существованіе абсолютнаго и вѣчнаго права, всетаки дѣйствительное осуществленіе его не совершается помимо сознанія и воли людей. И абсолютное, вѣчное право мыслимо только, какъ требованіе соблюденія извѣстнаго поведенія людьми, а не какъ само собой установляющееся однообразіе ихъ поведенія. Составители извѣстной деклараціи правъ гражданина и человѣка, признавая свободу, равенство и братство неизмѣнными началами права, не могли вмѣстѣ съ тѣмъ не признать, что забвеніе ихъ людьми мѣшало долгое время ихъ осуществленію. Но законы въ научномъ смыслѣ не зависятъ отъ того, знаютъ ли ихъ люди, или нѣтъ. Они дѣйствуютъ одинаково и до открытія ихъ людьми и послѣ. Открытіе Ньютономъ закона тяготѣнія ничего не измѣнило въ порядкѣ явленій тяготѣнія. И до Ньютона, и послѣ него сила тяготѣнія остается неизмѣнно прямо пропорціональной массѣ и обратно пропорціональной квадрату разстоянія. Напротивъ, если сравнить общество античное, которому чужда была идея равенства, и современное общество, усвоившее эту идею, мы увидимъ между ними существенное различіе, хотя бы въ существованіи рабства. Другое рѣзкое отличіе законовъ отъ права—это ихъ неуклонное, недопускающее нарушеній, дѣйствіе. Законъ есть необходимый порядокъ. Право, напротивъ, непрестанно нарушается даже тѣми, кто знаетъ и признаетъ его. Поэтому нельзя сказать, чтобы право было порядкомъ необходимымъ. Оно порядокъ обязательный, но это совсѣмъ не

то, что необходимый. Обязанности мы хотя и должны не нарушать, но все же можемъ нарушить. Противъ необходимости же мы безсильны; мы не можемъ не слѣдовать необходимости. Необходимость освобождаетъ даже отъ обязанности, impossibilium nulla obligatio.

Такимъ образомъ, какихъ бы воззрѣній на право мы ни держались, мы не можемъ не придти къ тому заключенію, что право не представляетъ главныхъ отличительныхъ свойствъ закона въ научномъ смыслѣ.

Вглядываясь ближе въ характеръ юридическихъ законовъ, не трудно замѣтить, что общность ихъ весьма относительна и далеко не можетъ быть отождествляема съ тою общностью, какую мы приписываемъ законамъ въ научномъ смыслѣ. Законъ въ научномъ смыслѣ есть общее однообразіе данной группы явленій, не допускающее исключеній. Его дѣйствіе не измѣняется по времени и мѣсту. Всегда и вездѣ и для всѣхъ однородныхъ случаевъ безъ исключеній онъ имѣетъ безусловную силу. Кромѣ того, закономъ въ наукѣ принято называть не всякое сколько нибудь общее положеніе, а только то, которое при данныхъ условіяхъ есть крайній предѣлъ возможнаго обобщенія, и не можетъ уже быть сведено къ другой болѣе общей, болѣе простой формулѣ. Общность юридическихъ законовъ, напротивъ, крайне условна. Онъ общее правило, но только для отношеній, существующихъ въ данномъ обществѣ и въ данный промежутокъ времени, вообще довольно ограниченный. Слѣдовательно, въ различныхъ мѣстностяхъ и даже въ одномъ и томъ же мѣстѣ въ разное время дѣйствуетъ нѣсколько разныхъ законовъ. При этомъ юридическія нормы не представляютъ вовсе крайняго предѣла возможнаго обобщенія. Выраженная въ томъ или другомъ обычаѣ или законодательномъ постановленіи юридическая норма есть только одна изъ многихъ и разнообразныхъ нормъ, существующихъ для регулированія отношеній даннаго рода, и всегда можетъ быть сведена къ болѣе общему и простому принципу. Юридическая норма не есть поэтому выраженіе общаго и постояннаго въ юридическихъ отношеніяхъ, а представляетъ собою частный и измѣнчивый элементъ юридическаго порядка. Нормы возникаютъ, мѣняются, исчезаютъ, вліяютъ извѣстнымъ образомъ на складъ юридическихъ отношеній, служатъ причиной того, что эти отношенія принимаютъ ту или другую форму. Такимъ образомъ, онѣ соотвѣтствуютъ не законамъ въ обыкновенномъ научномъ значеніи, а частнымъ явленіямъ, законъ которыхъ путемъ обобщенія требуется еще установить. Да и въ самомъ дѣлѣ, если нормы юридическія, какъ мы это показали, не могутъ быть ни отождествляемы съ законами, ни признаны замѣняющими ихъ въ нравственной области, то чѣмъ иначе имъ быть, какъ не явленіями? Что юридическіе законы и законъ въ научномъ или философскомъ смыслѣ— понятія совершенно разнородныя, на это указывалъ еще въ самомъ началѣ настоящаго столѣтія Густавъ Гуго, основатель исторической школы

правовѣдѣнія. Къ сожалѣнію, у ближайшихъ его послѣдователей эта мысль не нашла себѣ должнаго развитія, и многіе юристы и до сихъ поръ продолжаютъ, увлекаясь сходствомъ названій, смѣшивать законы юридическіе съ законами въ научномъ смыслѣ.

§ 9. *Относительность права.*

Выясненіе дѣйствительнаго отношенія права къ законамъ въ научномъ смыслѣ составляетъ необходимое условіе для опредѣленія того, какой характеръ имѣетъ право: абсолютный или относительный? Если юридическія нормы представляютъ собою лишь особую группу явленій общественности, право, какъ и всѣ явленія вообще, имѣетъ, конечно, относительный характеръ. Будучи явленіемъ, право измѣнчиво, зависимо отъ условій времени и мѣста. Самое различіе праваго и неправаго, подобно различію положительной и отрицательной квалификаціи всякаго явленія, подобно различію тепла и холода, тяжелаго и легкаго и т. п., обусловлено нашимъ субъективнымъ отношеніемъ. Одно и то же разграниченіе интересовъ въ зависимости отъ субъективнаго отношенія можетъ быть признаваемо то правымъ, справедливымъ, то неправымъ, несправедливымъ. Если такъ, то и кругъ явленій, составляющихъ предметъ науки права, опредѣляется не противоположеніемъ праваго неправому, а противоположеніемъ всѣхъ явленій, допускающихъ юридическую квилификацію, положительную или отрицательную, все равно, тѣмъ явленіямъ, къ которымъ она вовсе неприложима, которыя вовсе не могутъ быть опредѣлены ни какъ правыя, ни какъ неправыя.

Совершенно иначе ставится дѣло, если право—законъ общественныхъ явленій или нѣчто замѣняющее для нихъ законъ. Въ такомъ случаѣ право это то, что, согласно съ такимъ закономъ, выражающимъ собою, какъ и всякій другой законъ, необходимый, постоянный, никогда неизмѣняющійся порядокъ явленій. Слѣдовательно, право должно тогда быть уже не относительнымъ, а абсолютнымъ, независящимъ отъ условій времени и мѣста, вѣчнымъ и всеобщимъ. Различіе праваго и неправаго при такомъ взглядѣ на дѣло будетъ различіемъ совершенно объективнымъ, основаннымъ не на субъективномъ къ нему отношеніи, а на неизмѣнномъ законѣ, служащемъ выраженіемъ объективной дѣйствительности. При такой точкѣ зрѣнія совершенно измѣняется и опредѣленіе задачи науки. Научное выясненіе права должно тогда начинаться съ опредѣленія этого закона права.

Не опредѣливъ его, нельзя сдѣлать ни шагу въ научномъ изученіи права, по той простой причинѣ, что безъ этого мы не знаемъ, что право, что нѣтъ, не знаемъ, что должно составить самый предметъ нашего изслѣдованія.

Въ такомъ направленіи и дѣйствительно шла почти вся старая литература по общимъ вопросамъ права. Прежде всего и во что бы то ни стало требовалось найти основной принципъ права, какъ мѣрило, критеріумъ для различенія праваго отъ неправаго. Этотъ принципъ права долженъ былъ явиться своего рода философскимъ камнемъ, долженствующимъ разъ навсегда указать намъ секретъ опредѣленія абсолютно-праваго порядка, годнаго вездѣ и во всякую эпоху историческаго развитія. Общительность, страхъ, влеченіе къ благу, усовершенствованіе, свобода, равенство, гармоническое развитіе и рядъ подобныхъ принциповъ по очереди выставлялись въ этомъ качествѣ, и всѣ они не выдержали практической пробы. Дѣйствительная жизнь народовъ съ ея пестрымъ содержаніемъ рѣшительно не укладывалась въ тѣ рамки, какія думала ей предначертать эта алхимія права. И еслибъ для научнаго изученія права не было иного, болѣе твердаго пути, пришлось бы стать на сторону тѣхъ, которые, отчаявшись найти какую либо твердую опору для науки въ этихъ эфемерныхъ построеніяхъ, суживаютъ задачу правовѣдѣнія до простого искусства толкованія отдѣльныхъ національныхъ системъ права, искусства, служащаго исключительно непосредственнымъ потребностямъ практики.

Но съ признаніемъ права совокупностью явленій, для научнаго изученія открывается другое направленіе. Съ признаніемъ права лишь совокупностью явленій, прежнее абсолютное противоположеніе праваго и неправаго замѣняется чисто относительнымъ ихъ различеніемъ. Въ явленіяхъ нельзя найти абсолютнаго противоположенія. Такъ, напр., различіе тепла и холода есть различіе совершенно относительное; что по Реомюру будетъ холодомъ, то по Фаренгейту тепломъ. Все зависитъ отъ выбраннаго мѣрила и абсолютнаго мѣрила нѣтъ. Физикъ, изслѣдуя явленія тепла и холода, ставитъ задачей не опредѣленіе «абсолютнаго» различія между тепломъ и холодомъ, а выясненіе особенностей этой группы явленій въ сравненіи съ другими, напр., съ явленіями свѣта, электричества. Точно также ставится вопросъ и въ изслѣдованіи права, когда подъ нимъ разумѣютъ совокупность правовыхъ явленій. Различіе праваго и неправаго является при такомъ воззрѣніи *относительнымъ* и, слѣдовательно, измѣнчивымъ; что у одного народа и въ данную эпоху признается правымъ, у другого—неправымъ. Мало того, и въ отношеніи къ данной стадіи историческаго развитія опредѣленнаго народа различіе это относительно, относительно по необходимости, такъ какъ нѣтъ неизмѣннаго мѣрила. Такъ, судья, становясь на точку зрѣнія дѣйствующаго права, признаетъ правымъ то, что согласно съ закономъ, съ обычаемъ. Публицистъ, имѣющій дѣло не съ примѣненіемъ закона, а съ его оцѣнкой, можетъ и самый законъ считать неправымъ, а противоположное ему—правымъ. Другой публицистъ, отправляясь отъ другихъ воз-

зрѣній, произнесетъ и другое сужденіе о правомъ и неправомъ, третій еще новое. При такой относительности различія праваго и неправаго задача науки права не можетъ быть ограничена изученіемъ одного лишь праваго. Какъ механикъ изучаетъ одинаково и скорое и медленное движеніе, физикъ—явленія тепла и холода, такъ и юристъ, признающій право совокупностью явленій, относитъ къ кругу своихъ изслѣдованій и правое и неправое. Основное значеніе получаетъ для него не различіе праваго и неправаго, а различіе права, то есть того, что относится къ группѣ правовыхъ явленій, и того, что вовсе не допускаетъ правового опредѣленія, въ положительной или отрицательной формѣ— все равно.

Конечно, сводя мысленно отличительный моментъ данной группы явленій къ нулю или безконечности, мы можемъ представить себѣ, какъ абсолютныя противоположности, безправіе и право. Но это будутъ только представляемые нами предѣлы правовыхъ явленій, не имѣющіе никакого практическаго значенія. Тамъ, гдѣ бы имѣлся абсолютный нуль права, непримѣнимо различіе праваго и неправаго, оно не имѣетъ тамъ смысла. И дѣйствительная историческая жизнь народовъ, конечно, никогда не представитъ намъ этихъ предѣльныхъ пунктовъ. Мы вездѣ имѣемъ дѣло съ такимъ различіемъ праваго и неправаго, которое далеко не достигаетъ ни нуля, ни безконечности.

Словомъ, для науки права нѣтъ вовсе надобности искать опредѣленіе абсолютнаго различенія праваго и неправаго; она не можетъ признать такого различія, она распространяетъ свое изученіе одинаково на правое и неправое, кладя въ основу отграниченія предмета своего изслѣдованія не различіе праваго отъ неправаго, а права отъ того, что не есть вовсе право. Конечно и теперь найдется много такихъ, что сочтутъ признаніе относительности права непростительной ересью. Но, вглядываясь въ ходъ постепеннаго развитія науки права съ конца XVIII вѣка, мы легко можемъ замѣтить, какъ этотъ принципъ относительности мало-по-малу завоевываетъ себѣ все болѣе и болѣе широкое признаніе. Школа естественнаго права, возникшая въ XVII вѣкѣ и положившая начало философскому изученію права, является представительницей строго абсолютной теоріи права. Но эта теорія предполагала познаніе абсолютнаго существа человѣческой природы и сокрушилась о рѣшительную возможность найти объективную мѣрку для различія того, что естественно въ человѣкѣ и что нѣтъ. Историческая школа, выступившая въ началѣ настоящаго столѣтія на смѣну естественнаго права, дѣлаетъ первый шагъ къ признанію относительности права, выдвигая ученіе о національномъ характерѣ права. Если у каждаго народа свое особенное право, то уже нельзя говорить объ абсолютныхъ принципахъ. Но и опредѣленіе народнаго духа, его свойствъ, отграниченіе ихъ отъ

свойствъ индивидуальнаго духа оказалось такъ же невозможнымъ, какъ и разграниченіе въ самомъ человѣкѣ «естественнаго» и «неестественнаго». Приходилось или принять мистическое ученіе Пухты, олицетворявшее народный духъ, или, оставаясь на болѣе реальной почвѣ, признать, что народный духъ есть лишь общее означеніе совмѣстнаго проявленія духа составляющихъ народъ индивидовъ. А если такъ, то народный духъ уже не можетъ имѣть никакого опредѣленнаго содержанія; слѣдовательно, и право каждаго даннаго народа не опредѣлено заранѣе въ своемъ содержаніи, не есть мирный, самъ собой развивающійся плодъ народнаго духа, а, напротивъ, есть результатъ борьбы разнообразныхъ интересовъ, представляемыхъ различными членами народа, и измѣняется вмѣстѣ съ ходомъ борьбы. Все это признаетъ новѣйшая теорія Іеринга, провозгласивъ такимъ образомъ полную относительность принциповъ права по ихъ содержанію. Въ одномъ отношеніи Іерингъ не рѣшился, правда, признать относительности права. Признавая, что содержаніе правовыхъ принциповъ рѣшительно не можетъ быть опредѣлено, что оно относительно, измѣнчиво, онъ полагаетъ, однако, что источникъ этихъ принциповъ всегда необходимо одинъ и тотъ же: государственная власть. Слѣдовательно, въ этомъ отношеніи онъ не признаетъ относительности права. Но отсюда до признанія полной относительности права одинъ только шагъ.

Признаніе полной относительности различія праваго и неправаго имѣетъ весьма важное значеніе. Во-первыхъ, съ этой только точки зрѣнія возможно установить единое понятіе права, обнимающее всѣ явленія правовой жизни. Въ сужденіяхъ о правѣ всегда и вездѣ замѣчается нѣкоторая двойственность. Съ одной стороны отдѣльныя дѣйствія лицъ обсуждаются съ точки зрѣнія согласія или несогласія ихъ съ дѣйствующимъ правомъ, съ другой и само дѣйствующее право подвергается обсужденію съ точки зрѣнія болѣе общихъ принциповъ. При абсолютномъ различеніи праваго и неправаго это не можетъ себѣ найти иного объясненія, какъ и въ признаніи существованія двоякаго права—положительнаго и естественнаго. Но ученіе объ относительности различенія праваго и неправаго даетъ другое объясненіе. Разнообразіе сужденія о правомъ и неправомъ оно примиряетъ съ единствомъ права, оно сводитъ это разнообразіе сужденій къ разнообразію тѣхъ критеріевъ, какіе примѣняются къ опредѣленію праваго.

Во-вторыхъ, самое построеніе науки получается при этомъ болѣе цѣльнымъ. Съ господствующей точки зрѣнія наука права должна изучать только право. Между тѣмъ, каждому юристу приходится имѣть дѣло и съ неправомъ и даже имѣется особая юридическая наука, уголовное право, спеціально изучающая правонарушенія. Правда, криминалисты обыкновенно утверждаютъ, что настоящій предметъ ихъ науки наказаніе. Однако, только ученіе о преступленіи имѣетъ собственно юриди-

ческій характеръ; въ ученіи о наказаніи преобладаетъ, напротивъ, политическій элементъ, вопросы цѣлесообразности. Центръ тяжести юридической конструкціи уголовнаго права лежитъ, конечно, въ опредѣленіи состава преступленія, а не выясненія особенностей различныхъ системъ карательной организаціи. Признаніе относительности различія праваго и неправаго, относя и правое и неправое одинаково къ предмету науки права, устраняетъ надобность въ подобнаго рода натяжкахъ.

Въ-третьихъ, признаніе относительности права уничтожаетъ всякое основаніе къ ограниченію предмета науки права той или другой частной формой установленія разграниченія интересовъ. Разъ все право относительно, нѣтъ основанія исключать изъ круга изучаемыхъ наукой права явленій, нормъ разграниченія интересовъ, какъ бы эти нормы ни образовались: будутъ ли это нормы, установленныя органами общественной власти, обычаемъ, или хотя бы субъективнымъ правосознаніемъ отдѣльныхъ личностей. Конечно, субъективное правосознаніе относительно, и въ его относительности усматривали основаніе недопустимости признать его на ряду съ „положительнымъ“ правомъ предметомъ науки права. Но разъ все право относительно, нѣтъ болѣе препятствій подводить подъ понятія права и вырабатываемыя субъективнымъ сознаніемъ нормы разграниченія интересовъ. И это сообщаетъ наукѣ права лишь большую полноту и цѣлостность, даже болѣе твердое основаніе, такъ какъ общее правосознаніе, выражающееся въ обычаѣ и законодательствѣ, вырабатывается изъ индивидуальнаго, и юридическая теорія, игнорирующая индивидуальное правосознаніе, не можетъ объяснить возникновеніе и развитіе права.

Выставленное мною опредѣленіе права, какъ разграниченія интересовъ, предполагаетъ полную относительность права. Оно охватываетъ собою всякое разграниченіе интересовъ, каково бы оно ни было на субъективный взглядъ: справедливымъ или несправедливымъ, и какъ бы оно ни было установлено: обычаемъ, законодательствомъ, судебной практикой или субъективнымъ правосознаніемъ.

ГЛАВА II.

Основныя различія въ воззрѣніяхъ на право.

Fouillée. L'idée moderne du droit. 1878. *Пахманъ,* современныя направленія въ наукѣ права. 1880.

§ 10. Опредѣленіе права по содержанію.

Опредѣленіе юридическихъ нормъ, какъ нормъ разграниченія интересовъ, не есть общепринятое опредѣленіе права. Но въ юридической литературѣ и нельзя вовсе найти опредѣленія, пользующагося сколько-

нибудь общимъ признанiемъ. Существующiя опредѣленiя весьма разнообразны и многiя изъ нихъ одинаково находятъ себѣ представителей среди выдающихся юристовъ. Приходится дѣлать выборъ между ними, а для сознательнаго выбора необходимо разобраться въ этихъ опредѣленiяхъ, выяснить основанiе и значенiе ихъ различiй. Вдаваться въ подробный разборъ существующихъ опредѣленiй права было бы здѣсь неумѣстно. Это дѣло исторiи философiи права, гдѣ различныя опредѣленiя права выясняются въ ихъ исторической преемственности. Для нашей цѣли достаточно остановиться на оцѣнкѣ лишь наиболѣе типичныхъ и распространенныхъ въ настоящее время опредѣленiй, лежащихъ въ основанiи главныхъ направленiй современной науки права.

Сравнивая выставленное нами опредѣленiе съ другими, прежде всего замѣчаемъ въ немъ отсутствiе нѣкоторыхъ признаковъ, играющихъ въ другихъ опредѣленiяхъ первенствующую роль. Въ нашемъ опредѣленiи не указано самое содержанiе юридическихъ нормъ, не указано, какъ разграничиваютъ онѣ сталкивающiеся интересы, какой принципъ лежитъ въ основанiи этого разграниченiя. Остается также открытымъ вопросъ о томъ, какъ образуются юридическiя нормы, кѣмъ онѣ установляются. Наконецъ, не включено въ наше опредѣленiе указанiе и на принудительный характеръ права, что многими считается основнымъ отличительнымъ его свойствомъ. Но затѣмъ и вошедшiе въ наше опредѣленiе признаки могутъ вызвать сомнѣнiя и споры. Одни, представители формальнаго направленiя, скажутъ, что право есть разграниченiе, но только не интересовъ, а *воли*; другiе, представители утилитарнаго направленiя, найдутъ, напротивъ, что слѣдовало бы, вмѣсто разграниченiя интересовъ, сказать *охрана* интересовъ. Придется, слѣдовательно, объяснить, почему мы выбрали именно такую среднюю формулу, стоящую межъ двухъ крайнихъ, противоположныхъ взглядовъ, и не опредѣляющую ни содержанiя, ни источниковъ, ни способа осуществленiя юридическихъ нормъ.

Опредѣлить право по содержанiю можно было бы лишь при условiи одинаковости и общности содержанiя всѣхъ юридическихъ нормъ, т. е. если бы всѣ онѣ содержали въ себѣ лишь частные выводы изъ одного и того же общаго начала. Между тѣмъ въ дѣйствительности не только право различныхъ народовъ и различныхъ историческихъ эпохъ, но даже право каждаго отдѣльнаго народа, взятое въ данный историческiй моментъ, не представляетъ никогда единой цѣлостной системы послѣдовательныхъ выводовъ изъ одного общаго начала. Право каждаго народа есть плодъ постепеннаго развитiя въ послѣдовательной смѣнѣ различныхъ историческихъ эпохъ. А каждая историческая эпоха приноситъ свои нравственныя воззрѣнiя, свои бытовыя условiя, опредѣляющiя и содержанiе права. Поэтому и право каждаго отдѣльнаго народа состоитъ изъ цѣлаго ряда историческихъ наслоенiй.

Къ этому присоединяются обыкновенно еще и заимствованія изъ чужого права, и такимъ путемъ къ противоположенію старыхъ и новыхъ юридическихъ принциповъ присоединяется еще противоположеніе самобытныхъ и заимствованныхъ. Все это дѣлаетъ содержаніе каждаго права крайне пестрымъ. При такихъ условіяхъ попытка опредѣлить право по его содержанію неизбѣжно приводитъ къ установленію опредѣленій, указывающихъ не то, каково въ дѣйствительности всякое существующее право, а какимъ оно должно быть по чьему-либо субъективному мнѣнію. Вмѣсто объективнаго научнаго опредѣленія права мы получаемъ тогда субъективное сужденіе о немъ. Свести къ одной общей формулѣ разнородное содержаніе всѣхъ существующихъ и существовавшихъ юридическихъ нормъ невозможно и потому для опредѣленія права по содержанію выбираютъ одинъ изъ разнообразныхъ юридическихъ принциповъ. Выборъ этотъ не можетъ быть основанъ ни на какихъ объективныхъ данныхъ и потому зависитъ отъ субъективнаго усмотрѣнія. И въ самомъ дѣлѣ, опредѣленія этого рода оказываются чрезвычайно разнообразными. Усовершенствованіе человѣческаго общества (Лейбницъ), гармоническое развитіе личности (Аренсъ), упроченіе и развитіе нравственнаго порядка (Тренделенбургъ), этическій минимумъ (Еллинекъ), осуществленіе благъ жизни (Капустинъ), примиреніе равенства и свободы (Соловьевъ) и рядъ другихъ началъ выставляются различными мыслителями какъ отличительное содержаніе юридическихъ нормъ. Но въ дѣйствительности мы находимъ существующими и существовавшими множество юридическихъ нормъ, вовсе не ведущихъ къ гармоничному развитію личности (напр., законы сословнаго строя), ни къ примиренію свободы и равенства (напр., законы, установляющіе рабство) и т. п. Поэтому такія опредѣленія не указываютъ вовсе общихъ признаковъ всякаго права, а только намѣчаютъ идеалъ будущаго развитія права, и притомъ совершенно субъективный, какъ это ясно уже изъ самаго разнообразія подобныхъ опредѣленій.

Однако, между ними есть одно, пользующееся весьма большою популярностью. Его можно найти у представителей самыхъ разнообразныхъ направленій. Это опредѣленіе юридическихъ нормъ, какъ *нормъ свободы* [1].

---

[1]) *Hobbes*. Neque enim jus' aliud significatur, quam *libertas*, quam quisque habet facultatibus naturalibus secundum rectam rationem utendi. *Kant*: Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür, des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der *Freiheit* zusammen vereinigt werden kann. *Krause*. Das Recht ist ein Lebensgesetz für die *Freiheit* vernünftiger Wesen. *Fridländer*. Das Recht ist die Gestaltung der Lebensverhältnisse zum Zwecke der *Freiheit*. *Bouman*: Das Recht ist der Inbegriff derjenigen Forderungen vom Mensch zum Mensch, welche für einen auf *Freiheit Aller* gegründeten Verkehr unerloslich sind. *Пахманъ*: Право есть мѣра *свободы* въ общежитіи. *Binding*: Das Recht ist eine Ordnung menschlicher *Freiheit*.

Причина популярности такого опредѣленія обусловлена прежде всего нѣкоторою его двусмысленностью. Если видѣть въ опредѣленіи права, какъ нормъ свободы, опредѣленіе содержанія права, то надо понимать его такъ, что основаніемъ всѣхъ юридическихъ нормъ служитъ начало свободы, опредѣляющее собою содержаніе всѣхъ отдѣльныхъ нормъ права: всѣ онѣ должны представлять тогда лишь частное примѣненіе начала свободы къ нормировкѣ различныхъ человѣческихъ отношеній.

Такъ именно и понимаетъ это Кантъ. Для него все право есть лишь совокупность частныхъ логическихъ выводовъ изъ основного велѣнія дѣйствовать такъ, чтобы моя свобода совмѣщалась со свободою всѣхъ и каждаго. Но подъ такое опредѣленіе невозможно подвести всѣ дѣйствительно существовавшія юридическія нормы. Законодательства кастовыхъ государствъ востока, античныхъ государствъ, допускавшихъ существованіе рабства, сословныхъ государствъ средневѣковья показываютъ, что невозможно видѣть въ каждой юридической нормѣ лишь логическій выводъ изъ принципа свободы. Да и самъ Кантъ, выставляя свое опредѣленіе, имѣлъ въ виду не право исторической дѣйствительности, а право разума, Vernunftrecht. Когда же опредѣленіе права, какъ нормъ свободы, примѣняютъ къ положительному, исторически развивающемуся праву, то его понимаютъ совершенно иначе. Юридическія нормы признаютъ тогда нормами свободы не въ томъ смыслѣ, будто всѣ онѣ являются по своему содержанію лишь послѣдовательными выводами изъ начала свободы, а въ томъ, что всѣ онѣ такъ или иначе ограничиваютъ свободу человѣка, установляютъ ограниченія, предѣлы, мѣру, и въ *этомъ смыслѣ нормы свободы.* При такомъ пониманіи опредѣленіе права, какъ нормъ свободы, дѣйствительно охватываетъ собою всѣ юридическія нормы. Разграничивая интересы, право неизбѣжно тѣмъ самымъ ограничиваетъ ихъ осуществленіе и, слѣдовательно, ограничиваетъ въ этомъ отношеніи свободу человѣка. Но если такъ, опредѣленіемъ права, какъ нормъ свободы, вовсе не опредѣляется содержаніе юридическихъ нормъ. Указывается только, что онѣ ограничиваютъ, нормируютъ свободу, но не указывается, какъ именно. Вопросъ о содержаніи юридическихъ нормъ остается тутъ такъ же открытымъ, какъ и при моемъ опредѣленіи права, какъ разграниченія интересовъ.

Нельзя, однако, сказать, чтобы при такомъ пониманіи опредѣленіе права, какъ нормъ свободы, было тождественно съ опредѣленіемъ его, какъ разграниченія интересовъ.

Если подъ нормой свободы разумѣть всякое ограниченіе свободы, то такое опредѣленіе окажется уже черезчуръ широкимъ. Всякая обязательная норма непремѣнно установляетъ ограниченіе свободы, не только норма права, но также и норма нравственности. Такимъ образомъ опредѣленіе права, какъ нормъ свободы, само по себѣ недоста-

точно, не полно. Оно оставляетъ безъ выясненія, чѣмъ правовыя ограниченія свободы отличаются отъ моральныхъ.

Съ другой стороны опредѣленіе права, какъ нормъ свободы, представляетъ еще и тотъ недостатокъ, что имъ какъ бы предполагается рѣзкое противоположеніе и полное обособленіе интересовъ отдѣльныхъ личностей и тѣмъ придается праву исключительно раздѣляющая, а не соединяющая функція. Въ самомъ дѣлѣ свобода можетъ быть принадлежностью только отдѣльной личности, какъ субъекта сознательной воли, и притомъ свобода—чисто отрицательное понятіе, указывающее именно на противоположеніе личности всему остальному міру, на ея индивидуальное обособленіе. Свобода есть только отсутствіе зависимости, связи; она не предполагаетъ вовсе никакого опредѣленнаго содержанія. Напротивъ, понятіе интереса, потребности есть понятіе положительное и потребности, интересы личности есть именно то, что связываетъ ее со всѣмъ окружающимъ міромъ и въ частности съ другими людьми. Наши интересы не суть исключительно наши личные, индивидуальные интересы. Большинство ихъ являются общими интересами или всего человѣчества, или, по крайней мѣрѣ, извѣстной группы людей. И при осуществленіи этихъ общихъ интересовъ мы можемъ сталкиваться съ другими людьми, и для нихъ требуется разграниченіе. Но разграничивая такіе общіе интересы, право не отграничиваетъ свободу отдѣльныхъ личностей, а соединяетъ ихъ единствомъ права на осуществленіе общаго ихъ интереса. Такъ, напримѣръ, нормы международнаго права, разграничивающаго интересы общечеловѣческіе и интересы національные, не могутъ быть опредѣлены какъ нормы свободы, потому что въ основу разграниченія интересовъ тутъ кладется не противоположеніе свободы одного свободѣ другого, а противоположеніе частнаго и общаго, національнаго и общечеловѣческаго. Для человѣка же и то и другое есть одинаково свое; онъ неизбѣжно есть и человѣкъ и членъ отдѣльной націи. При разграниченіи поэтому такихъ интересовъ не отграничивается свобода одного въ отношеніи къ другому, а просто разграничиваются два интереса, одинако входящіе въ составъ моей свободы. Или, другой примѣръ. Государство, заинтересованное въ томъ, чтобы дешевизна производства въ настоящемъ не приводила къ гибели общества въ будущемъ, въ силу физическаго и духовнаго вырожденія рабочаго населенія, ограничиваетъ продолжительность рабочаго дня, запрещаетъ ночную работу женщинъ, вовсе запрещаетъ работу малолѣтнихъ и т. д. Эти правила не составляютъ вовсе разграниченія свободы рабочаго и капиталиста. Они одинаково стѣсняютъ свободу того и другого. Въ частныхъ случаяхъ для рабочаго они могутъ оказаться стѣснительнѣе, чѣмъ для фабриканта. Но ими обезпечивается въ будущемъ здоровье и нравственность рабочаго класса. Тутъ опять нѣтъ противопо-

ложенія свободы и зависимости, одного частнаго интереса другому, а есть противоположеніе настоящаго и будущаго, временнаго и постояннаго. И каждый изъ насъ живетъ столько же въ настоящемъ, сколько и въ будущемъ; чтобы чувствовать себя вполнѣ свободнымъ въ настоящемъ, надо быть увѣреннымъ въ будущемъ. Слѣдовательно, и въ этомъ примѣрѣ нѣтъ отмежеванія свободы одного отъ свободы другихъ, а есть только разграниченіе интересовъ, составляющихъ содержаніе свободы каждаго.

Опредѣленіе права, какъ нормъ свободы, есть выраженіе индивидуалистическаго направленія въ наукѣ права. Покуда въ обществѣ человѣческомъ видѣли совокупность автономныхъ личностей, связанныхъ сознательнымъ договоромъ, а въ правѣ систему правилъ, размежевывающихъ свободу этихъ личностей, такое опредѣленіе было вполнѣ последовательно. Съ измѣнившимися взглядами на общество и на отношеніе къ нему личности оно оказывается непригоднымъ. Личность не признается уже теперь высшимъ, опредѣляющимъ весь общественный порядокъ, факторомъ. Въ ней видятъ, напротивъ, произведеніе общества и скорѣе склонны личность подчинять обществу, а не наоборотъ. Законодательство не ограничивается размежеваніемъ однихъ индивидуальныхъ интересовъ, а все больше и больше обращаетъ вниманіе на регулированіе общихъ интересовъ, не могущихъ быть пріуроченными къ отдѣльной личности. При такихъ условіяхъ опредѣленіе права какъ нормъ свободы уже не можетъ быть удерживаемо.

§ 11. *Опредѣленіе права по источнику.*

Муромцевъ. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. 1879. *Thon.* Der Rechtsbegriff (Zeitschrift für Privat und öffentliches Recht. B. VII, 1888. s. 245). *Schäffle,* Bau und Leben des socialen Körpers. B. I. 1881, s. 623. *Schein,* Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz 1889.

Опредѣленія юридическихъ нормъ по ихъ источнику болѣе объективны, нежели опредѣленія по содержанію. Они не переходятъ въ сужденіе о правѣ, не указываютъ, чѣмъ должно бы быть право, а имѣютъ въ виду указать отличительный признакъ дѣйствительно существующихъ юридическихъ нормъ. Этимъ, конечно, и объясняется популярность ихъ среди юристовъ того направленія, которое служитъ реакціей противъ идеалистическихъ увлеченій прежняго времени. Особенно распространившееся за послѣднее время въ Германіи направленіе это оттуда перешло и къ намъ.

Опредѣленія такого рода представляютъ, такъ сказать, двѣ разновидности. Одни опредѣляютъ юридическія нормы, какъ нормы, установляемыя органами государственной власти; другія болѣе общимъ образомъ признаютъ источникомъ права общество въ его цѣломъ.

Въ первомъ случаѣ юридическія нормы—это велѣнія органовъ государственной власти. Право при такомъ взглядѣ понимается только какъ совокупность государственныхъ законовъ. Все, что не основано на такомъ законѣ, не есть право. Поэтому нѣтъ права тамъ, гдѣ нѣтъ государства: право возникаетъ только въ государствѣ, есть его исключительный продуктъ. Обычное право, слѣдовательно, не есть дѣйствительное право. Не можетъ быть и права, которое бы дѣйствовало за предѣлами отдѣльныхъ государствъ; другими словами, не можетъ быть международнаго права. Съ другой стороны, такъ какъ законъ признается тутъ единственнымъ источникомъ всякаго права, то волѣ законодателя не могутъ быть уже противопоставляемы никакія другія начала права, вырабатываемыя обычаемъ, наукой, субъективнымъ сознаніемъ. Такимъ образомъ, право и законъ тутъ отождествляются.

Популярность такого воззрѣнія коренится, прежде всего, въ потребностяхъ юридической практики. Въ юридической жизни вопросъ о правдѣ, дѣйствительно, сводится большею частью къ вопросу о томъ, что предписано закономъ. Обычное право въ современныхъ государствахъ играетъ сравнительно ничтожную роль, будучи почти совершенно заслонено законодательствомъ. Теоретическими вопросами права, оцѣнкой законодательства приходится заниматься весьма немногимъ. Громадное большинство самымъ обиходомъ жизни пріучается смѣшивать понятія права и закона. Привыкнувъ видѣть въ законѣ мѣрило разграниченія интересовъ, забываютъ, что и интересу законности, интересу неуклоннаго дѣйствія закона могутъ быть противопоставлены другіе интересы, вынуждающіе иногда и самую власть отказаться отъ безусловнаго поддержанія авторитета закона, напр., даруя амнистіи.

Но кромѣ этого практическаго основанія, положительное воззрѣніе на право находитъ себѣ основаніе и въ теоретическихъ стремленіяхъ и при томъ самаго разнообразнаго рода. Представители „старомоднаго" направленія, сторонники существованія абсолютной идеи справедливости, видятъ въ отождествленіи права съ закономъ средство примирить свое ученіе съ дѣйствительностью. Разнообразіе и измѣнчивость, словомъ, относительность положительнаго права—фактъ слишкомъ яркій. И вотъ, чтобы спасти догматъ существованія абсолютной справедливости, проводятъ рѣзкую грань между правомъ и справедливостью, признавая право лишь случайной, измѣнчивой формой справедливости. Признавая относительность права, думаютъ тѣмъ вѣрнѣе отстоять абсолютный характеръ справедливости. Такъ поступалъ еще старикъ Шталь. Но и въ современной литературѣ не переводятся представители того же направленія. Сошлемся хотя бы на Адольфа Лассона (System der Rechtsphilosophie von Adolf Lasson. 1882). Право, говоритъ онъ, есть внѣшній порядокъ, съ болѣе или менѣе случайной исторической формой. Потому, все право есть право

положительное. Потому право можетъ существовать только въ государствѣ и есть произведенiе государственной власти. Справедливость же есть начало абсолютное и именно начало равенства. Ея отношенiе къ праву есть отношенiе идеальнаго требованiя (ideale Anforderung), которое, однако, никогда не осуществится вполнѣ. Такая постановка вопроса, безъ сомнѣнiя, дѣлаетъ болѣе возможной защиту существованiя абсолютнаго принципа справедливости, такъ какъ тутъ самая объективная, самая осязательная форма выраженiя человѣческаго сознанiя о справедливомъ—положительное право признается за нѣчто принципiально отличное отъ справедливости, противоположное ей, и затѣмъ, для изслѣдованiя собственно справедливости, остаются лишь болѣе субъективныя, менѣе опредѣленныя выраженiя нашего о немъ сознанiя. Неопредѣленность, неуловимость изслѣдуемыхъ явленiй затрудняетъ полученiе и опредѣленнаго результата.

Но и между представителями реалистическаго направленiя, вовсе не имѣющими въ виду отстаивать существованiе абсолютной идеи справедливости, распространено отождествленiе права съ закономъ. Реалисты надѣются примѣнить къ изученiю права положительный методъ, выработавшiйся въ сферѣ естествознанiя. При сравненiи науки права съ естествознанiемъ, прежде всего бросается въ глаза внѣшняя, такъ сказать, осязательность самаго предмета естественныхъ наукъ. Такъ вотъ, задаваясь цѣлью примѣнить къ правовѣдѣнiю тотъ же положительный методъ, который обусловилъ такой успѣхъ въ естествознанiи, думаютъ достичь этого приданiемъ и предмету науки права, по возможности, такой же опредѣленности, такой же осязательности. А сама осязательная форма права, конечно, законъ. И вотъ, отождествленiе права съ закономъ признается требованiемъ положительнаго метода.

Благодаря всѣмъ этимъ условiямъ, отождествленiе права съ закономъ въ смыслѣ велѣнiя высшаго органа государственной власти очень распространено. Но ни у кого это воззрѣнiе не нашло такого рѣзкаго и послѣдовательнаго выраженiя какъ у Шейна. Право, по его опредѣленiю, есть норма, установляемая государствомъ, и при томъ не норма дѣятельности отдѣльныхъ лицъ, а норма дѣятельности самого государства. И притомъ эта норма не выражаетъ собою велѣнiя государству дѣйствовать такъ или иначе, а только указываетъ, какъ государство обыкновенно дѣйствуетъ. Право для государства то же самое, что для отдѣльнаго лица совокупность принциповъ, которымъ оно слѣдуетъ въ своей дѣятельности, которые оно само по себѣ поставило или которые оно непроизвольно постоянно соблюдаетъ. Подъ государствомъ же Шейнъ понимаетъ не все государственное общество, а только правительство, только органы власти.

Даже и частное право признается имъ лишь совокупностью правилъ государственной дѣятельности. Всѣ правила гражданскаго права существуютъ лишь для того, чтобы служить нормами судебной дѣятельности. Законы имѣютъ значенiе лишь заявленiй государства, что оно по общему правилу будетъ дѣлать при опредѣленныхъ условiяхъ.

Такое опредѣленiе права сводится въ сущности къ его отрицанiю, къ признанiю, что нѣтъ особыхъ юридическихъ нормъ на ряду съ техническими и нравственными. Вѣдь дѣятельность государства есть дѣятельность людей, признаваемыхъ органами государственной власти. Но положенiе человѣка въ качествѣ органа власти не можетъ измѣнить его психической природы. Человѣкъ и въ такомъ положенiи руководится въ своей дѣятельности техническими и этическими правилами.

Слѣдовательно, принимая опредѣленiе Шейна, придется признать, что любое техническое правило, хотя бы, напр., правило строительнаго или врачебнаго искусства, насколько имъ руководствуются въ своей дѣятельности органы государственной власти, становится въ силу этого самаго юридической нормой и что вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ правила государственной дѣятельности, безо всякаго различiя, суть юридическiя нормы, составляютъ право данной страны. Между тѣмъ въ дѣйствительности нигдѣ и никогда не придается одинаковое значенiе всѣмъ правиламъ государственной дѣятельности. Напротивъ, мы постоянно встрѣчаемся съ различенiемъ вопросовъ права и вопросовъ политики. Осуществляя разнообразныя задачи государственнаго управленiя, органамъ власти приходится руководствоваться различными техническими правилами, но правила гигiены или строительнаго искусства не обосновываютъ ничьихъ правъ и обязанностей и тогда, когда ими руководствуются не частныя лица, а органы власти.

Обыкновенно не идутъ такъ далеко, какъ Шейнъ, и признаютъ юридическими нормами лишь тѣ правила, которыя государство устанавливаетъ, какъ обязательныя [1]). Въ такомъ случаѣ отличительною особенностью права считаютъ то, что основанiемъ его обязательности служитъ велѣнiе государственной власти. Это даетъ возможность отличить юридическiя нормы отъ нормъ нравственныхъ и техническихъ, но за то, съ другой стороны, слишкомъ суживаетъ понятiе права, приводя къ отождествленiю права съ издаваемыми государственною властью законами и къ отрицанiю обычнаго права. Между тѣмъ, изученiе явленiй правовой жизни на каждомъ шагу убѣждаетъ въ невозможности признать законодательство единственной формой права.

---

[1]) Напримѣръ *Jellinek,* Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880 s. 31. Der Inbegriff der vom Staate als für ihm verbindlich angesehenen Normen. *Thon,* I. c. Der Versuch einer Gemeinschaft durch ihre Befehle das Verhalten der Genossen zu bestimmen ist Versuch der Rechtssetzung. Recht ist Motivation.

Юристъ, отождествляющій право съ закономъ, не можетъ всетаки уйти отъ вопроса объ образованіи закона. Онъ долженъ же изслѣдовать первое возникновеніе положительнаго закона и процессъ его образованія въ современномъ быту. Но такое изслѣдованіе приводитъ неизбѣжно къ выводамъ, сильно колеблющимъ сведеніе всего права къ формѣ закона. Исторія показываетъ намъ, что первые законы были не чѣмъ инымъ, какъ записанными лишь обычаями, и до такой записи охранявшимися существовавшимъ тогда судебнымъ процессомъ. Все первоначальное законодательство носитъ характеръ лишь дополненія, придатка къ обычному праву. Оно установляетъ въ отношеніи къ нему частныя дополненія и измѣненія, и по тому самому предполагаетъ необходимо его существованіе. Такимъ образомъ мы видимъ, что законъ отъ обычая отдѣляется лишь чисто внѣшнимъ актомъ подтвержденія обычая государственной властью. Слѣдовательно, условія возникновенія законодательства рѣшительно не позволяютъ отождествлять все право съ его частной формой, закономъ, и не считать правомъ юридическихъ обычаевъ. Но то же самое мы увидимъ, если обратимся къ процессу образованія законовъ въ современномъ быту. И тутъ сложившіяся въ обществѣ убѣжденія о правѣ и неправѣ переходятъ въ законъ, въ силу опять-таки чисто внѣшняго формальнаго акта, напр., голосованія въ парламентѣ. Содержаніе же закона уже раньше его изданія существуетъ какъ требованіе общественнаго мнѣнія или какъ установившаяся судебная практика.

Если бы право и законъ были тождественны, то было бы непонятно существованіе *юридическихъ* теорій. Теорія, не превратившаяся въ законъ, въ силу этого самаго оказывалась бы лишенной юридической квалификаціи. Между тѣмъ, по любому, сколько-нибудь важному вопросу, кромѣ разнообразныхъ законодательныхъ опредѣленій, существуютъ и теоретическія положенія, не нашедшія себѣ еще выраженія ни въ какомъ законѣ. Если за теоретическими положеніями, исходящими не отъ государственной власти, а отъ отдѣльнаго мыслителя, мы признаемъ всетаки юридическій характеръ, отличая ихъ отъ теорій неюридическихъ, значитъ установленіе властью не есть единственный признакъ юридическихъ нормъ. Если бы норма дѣлалась юридической только въ силу облеченія ея въ форму закона, единственно возможная юридическая теорія была бы теорія составленія законовъ. Но существованіе матеріальныхъ юридическихъ ученій, имѣющихъ содержаніе однородное съ законами, развивающихъ самое содержаніе юридическихъ нормъ, было бы немыслимо. Между тѣмъ стоитъ раскрыть любой трактатъ по гражданскому или уголовному праву, чтобы убѣдиться въ существованіи такихъ матеріальныхъ теоретическихъ ученій, могущихъ прямо составить содержаніе закона, но и до превращенія въ законъ имѣющихъ юридическій характеръ.

Правда, иные[1]) отвергаютъ возможность существованія теоретическаго права, находя, что представленіе о теоретическомъ правѣ, о правѣ недѣйствующемъ, такая же несообразность, какъ представленіе о вѣтрѣ, который не дуетъ. Однако, внѣ всякаго сомнѣнія, что въ сознаніи людей имѣется представленіе о множествѣ законовъ, которые *уже* не дѣйствуютъ, потому что отмѣнены. Юридическая норма, замѣненная другой, не можетъ отъ того тать правиломъ искусства или нравственнымъ принципомъ. Она всетаки остается юридической нормой, хотя и не дѣйствуетъ. Законы XII таблицъ и теперь всякій признаетъ правомъ, какъ и во время ихъ обязательной силы. Но точно также у людей всегда имѣется представленіе и о такомъ правѣ, которое *еще* не дѣйствуетъ, но, существуя въ сознаніи людей, не можетъ не влiять на ихъ отношенія, на выработку въ томъ или другомъ направленіи обычаевъ, судебной практики, законодательства.

Другіе, считая отличительнымъ признакомъ права его источникъ, не отождествляютъ, однако, права съ законодательствомъ, а опредѣляютъ юридическія нормы болѣе общимъ образомъ, какъ *нормы общественныя*, въ отличіе отъ нормъ нравственныхъ, какъ индивидуальныхъ [2]). Такое опредѣленіе не представляетъ такъ рѣзко бросающихся въ глаза недостатковъ, какъ только что нами разсмотрѣнное, и можно сказать, что оно вообще ближе къ истинѣ. Но оно грѣшитъ за то крайней неопредѣленностью. Въ человѣческой жизни индивидуальное и общественное такъ тѣсно переплетено другъ съ другомъ, что отдѣлить ихъ одно отъ другого представляется дѣломъ невозможнымъ. Нѣтъ средствъ опредѣлить, какая норма создана личностью и какая обществомъ. И вѣрнѣе всего, что всѣ нормы, и все вообще въ жизни и въ сознаніи человѣка, есть совмѣстный продуктъ и личнаго и общественнаго фактора. Человѣкъ родится въ обществѣ, уже отъ родителей наслѣдуя рядъ соціальныхъ навыковъ и склонностей, въ обществѣ онъ воспитывается, въ обществѣ дѣйствуетъ, обществу принадлежитъ всѣми сторонами своего существованія. Какъ же можно ожидать, чтобы между личной и общественной сферой установилась такая рѣзкая грань, чтобы однѣ изъ эти-

[1]) *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, s. 437.

[2]) *Brocher de la Flehère*, Les révolutions du droit, 1 p. 29. Le droit n'est pas autre chose qu'une éspéce de conscience sociale. *Schäffle*, Bau und Leben, 2 Ausg II, s. 80. Das Recht eine durch den Trieb der Sellsterhaltung geschaffene und den entwickelungsgeschichtlichen Bedingungen der Gesammt erhaltung angemessene gesellchaftliche Ordnung der Anpassungen und Organisationen, der Vererbungen, Streitführungen, Streitentscheidungen und Streiterfolge darstellt. *Кашница*. О сущности права, стр. 152. Право состоитъ въ сообразности общественныхъ отношеній съ сущностью, жизнью и назначеніемъ общества или сообразности индивидуальнаго и общественнаго бытія.

ческихъ нормъ оказались продуктомъ только личной жизни, другія—жизни общественной?

Нельзя не упомянуть также, что опредѣленіе юридическихъ нормъ по ихъ источнику, и въ той и въ другой ихъ формѣ, имѣетъ одинъ общій недостатокъ. Опредѣленія этого рода предполагаютъ уже рѣшеннымъ одинъ изъ труднѣйшихъ и наиболѣе спорныхъ вопросовъ науки права, именно вопросъ о происхожденіи права. Возникаетъ ли право какъ продуктъ личнаго духа или создается общественными условіями, обусловлено ли его существованіе существованіемъ государства или нѣтъ,—все это вопросы, до сихъ поръ спорные въ наукѣ. Между тѣмъ опредѣленіе права по его источнику до рѣшенія этого вопроса невозможно.

§ 12. Опредѣленіе права какъ нормъ принудительныхъ.

Jhering, Zweck im Recht, B. I, 1 Ausg. 1884, s. 320. *Merkel,* Recht und Macht (Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, B. V). *Bierling,* zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. B. I. 1877.

Еще въ средніе вѣка было весьма распространено воззрѣніе, признающее принужденіе существеннымъ, отличительнымъ признакомъ права [1]). Но особенное развитіе оно получило съ начала прошлаго столѣтія, когда право, какъ совокупность нормъ, осуществленіе которыхъ поддерживается принужденіемъ, было противопоставлено нравственности, не допускающей вовсе принужденія, требующей непремѣнно свободнаго подчиненія. Томазій, Кантъ и особенно Фихте довели это различіе до прямой противоположности права и нравственности, какъ правилъ внѣшней и внутренней жизни человѣка. Основаніемъ такому противоположенію служило, конечно, дуалистическое міровоззрѣніе. Разъ духъ и матерія, въ духѣ декартова ученія, признаются двумя независимыми субстанціями, внѣшній и внутренній міръ являются двумя совершенно разъединенными, совершенно разнородными сферами. Между ними нѣтъ взаимной связи, взаимнаго вліянія, каждый изъ нихъ существуетъ самъ по себѣ, у каждаго свои особые законы, въ каждомъ дѣйствуютъ и особыя силы. Міръ внѣшній и міръ внутренній—это два противоположныхъ полюса. Внѣшній порядокъ, право, не можетъ поэтому поддерживаться внутренними стимулами. Оно по необходимости опирается исключительно на внѣшнюю силу, на принужденіе. Между принужденіемъ и силами внутренней духовной жизни нѣтъ ничего общаго, нѣтъ никакихъ соединяющихъ переходовъ. Принужденіе не можетъ, слѣдовательно, имѣть какой-либо внутренней, психической основы: оно есть самостоятельное, послѣднее основаніе дѣйствія права.

[1]) Доппель приводитъ такой аргументъ схоластиковъ: quidam volunt jus dictum esse per metathesin, ut sit *jus* quasi *vis* conversis literis.

Таковъ послѣдовательный выводъ, къ которому приводитъ строгое абсолютное разграниченіе внутренней и внѣшней сферы. Но подобное разграниченіе современной наукой безусловно отвергается. Мы знаемъ, что душевная наша жизнь обусловлена физической, и наоборотъ, что физіологическіе процессы постоянно переходятъ въ психическіе, психическіе—въ физіологическіе, и строгое разграниченіе ихъ часто дѣло невозможное. Словомъ, духовная и физическая стороны нашего бытія не суть двѣ старательно размежеванныя половинки, а, напротивъ, онѣ, такъ сказать, взаимно проникаютъ другъ друга, онѣ на каждомъ шагу приходятъ во взаимное соприкосновеніе. При такомъ взглядѣ на дѣло, казалось бы, само собой должно было пасть мнѣніе, будто право, какъ внѣшній порядокъ, должно непремѣнно основываться въ своемъ дѣйствіи на принужденіи. Вѣдь при взаимной обусловленности физической и духовной жизни внѣшнее принужденіе не можетъ не вызывать душевныхъ движеній и слѣдовательно принужденіе и духовные стимулы идутъ всегда руку объ руку, обусловливая другъ друга. Да и самое признаніе права *внѣшнимъ* порядкомъ должно было бы потерять свое прежнее значеніе. Такое обозначеніе теряетъ теперь свою прежнюю опредѣленность, такъ какъ внѣшнее и внутреннее уже не представляются намъ, какъ прежде, безусловными противоположностями. И дѣйствительно, органическая школа, которая, какъ извѣстно, исходитъ изъ признанія взаимной обусловленности всѣхъ явленій міра, а слѣдовательно въ частности и всѣхъ сторонъ человѣческой жизни, не признаетъ, чтобы право было совокупностью только внѣшнихъ условій; не признаетъ также и того, чтобы принужденіе было его существеннымъ признакомъ. Казалось бы, къ тому же выводу, и даже еще съ большею необходимостью, должны придти реалисты, распространяющіе примѣненіе принципа причинности на всѣ явленія безъ изъятій. Если кто, то именно реалисты должны бы были отринуть то разграниченіе права и нравственности, которое въ правѣ видитъ законъ внѣшній, опирающійся на принужденіе, въ нравственности—законъ нравственности, опирающійся на внутренніе духовные стимулы. Но тутъ повторилась обыкновенная въ такихъ случаяхъ исторія; реализмъ, явившійся какъ естественная реакція противъ царившаго долгое время въ наукѣ права идеализма, впалъ въ другую крайность. Какъ теоріи врожденныхъ идей былъ первоначально противопоставленъ грубый сенсуализмъ, все сводившій къ внѣшнему опыту, такъ и современный реализмъ въ юриспруденціи склоненъ правомъ признавать лишь то, что опирается на силу внѣшняго принужденія.

Это очень распространенное между изслѣдователями положительнаго права мнѣніе нашло себѣ сильную поддержку и общее теоретическое обоснованіе въ извѣстномъ произведеніи Іеринга „Цѣль въ правѣ“ [1]).

---

[1]) Zweck im Recht, I, 318. Die dangbare Definition lautet: Recht ist der Inbe-

Тѣмъ не менѣе въ этомъ ученіи нельзя не видѣть крупнаго заблужденія. Какъ я постараюсь сейчасъ доказать, принудительность не есть ни основное, ни даже общее свойство правовыхъ явленій.

Прежде всего принужденіе не есть основная принадлежность права. Основнымъ свойствомъ называютъ такое, которое предполагается всѣми другими, изъ котораго они всѣ вытекаютъ, такъ что безъ этого свойства нельзя себѣ и представить явленія. И наоборотъ: основное свойство обусловливаетъ уже собою всѣ остальныя, такъ что мы можемъ себѣ представить явленіе съ однимъ этимъ свойствомъ, ибо оно содержитъ въ себѣ, такъ сказать, всѣ остальныя. Но принужденіе вовсе не стоитъ въ такомъ отношеніи къ праву. Мы можемъ себѣ представить право безъ принужденія. Если бы общество все состояло изъ людей святыхъ, принужденіе было бы совершенно излишне: каждый бы и такъ уважалъ чужое право и выполнялъ свои обязанности. Но право всетаки бы существовало, такъ какъ для того, чтобы я могъ добровольно исполнить свои обязанности и воздать каждому свое, нужно, чтобы было опредѣлено, въ чемъ мои обязанности и въ чемъ заключается это „свое" каждаго. Даже въ отношеніи къ обыкновенному обществу грѣшныхъ, нельзя не признать, что юридическій порядокъ тѣмъ прочнѣе, тѣмъ нормальнѣе, чѣмъ рѣже примѣняется принужденіе [1]). Но немыслимо право, которое бы всецѣло и исключительно опиралось на одно только принужденіе. Немыслимъ такой порядокъ вещей, при которомъ никто не выполнялъ бы своей юридической обязанности добровольно, если бы каждаго приходилось принуждать къ повиновенію закону; немыслимъ потому, что кто же бы тогда сталъ принуждать? [2]).

Все это такъ ясно, такъ очевидно, что считающіе принужденіе существенной принадлежностью права не рѣшаются утверждать, чтобы одно принужденіе было достаточно для поддержанія силы права [3]). Они обыкновенно ставятъ вопросъ нѣсколько иначе. Они утверждаютъ только, что хотя сила права, его могущество и не основывается только на принужденіи, но что принужденіе всетаки есть необходимое предположеніе всѣхъ другихъ основаній господства права, что если бы право не имѣло

---

griff der in einem Staat geltenden *Zwangsnormen,* und sie in meinen Augen vollkommen das Richtige getroffen. Die beiden Momente, welche sie in sich schliesst, sind die der *Norm* und die der Verwirklichung durch den *Zwang.*

[1]) *Ziller.* Allgemeine philosophische Ethik, 1880, s. 221. Man ist auch wenigstens allgemein überzeugt, dass Rechtsleben um so gesünder sei, je weniger Zwang angewendet zu werden brauche.

[2]) *Ahrens,* Encyclopädie 1857, s. 43. *Trendelenburg,* Naturrecht, s. 19, 89. *Jelinek,* Recht, Unrecht, Strafe, s. 50. *Bierling.* Zur kritik der juristischen Grundbegriffe, I, 1877, s. 51. *Thilo,* Die theologisirende Rechts und Staatslehre. 1861 s. 330.

[3]) *Jhering,* Zweck im Recht, I, s. 556. *Schäffle.* Bau und Leben des socialen Körpers, I, 1881, s. 663.

за собою принужденія, то всѣ другія основанія его силы, нравственное и религіозное чувство, убѣжденіе въ его разумности, полезности и т. п. потеряли бы свое значеніе [1]). Дѣло въ томъ, что право предполагаетъ взаимность. Я обязанъ уважать права другого, если онъ самъ уважаетъ мои. Если же я подвергаюсь неправомѣрному нападенію, я не обязанъ уже стѣсняться уваженіемъ къ правамъ нападающаго: vim vi repellere licet. Потому добросовѣстное исполненіе юридическихъ обязанностей предполагаетъ увѣренность въ томъ, что онѣ будутъ соблюдаемы всѣми. Точно также разумность или полезность правовыхъ нормъ только и мыслима подъ условіемъ ихъ общаго соблюденія всѣми. Если законы будутъ исполняться одними благоразумными людьми, а людямъ неблагоразумнымъ будетъ предоставлена свобода нарушать требованія закона, то и самый разумный законъ превратится въ нелѣпый. Очень разумно, напримѣръ, требованіе, каждое зачумленное или хотя бы только подозрительное животное немедленно убивать. Но оно разумно лишь подъ условіемъ общаго его соблюденія. Если же хотя бы нѣсколько легкомысленныхъ людей не выполнятъ его, то всѣ стѣсненія, перенесенныя болѣе благоразумными, окажутся безплодными, такъ какъ больной скотъ легкомысленныхъ хозяевъ, оставленный ими въ живыхъ, послужитъ достаточнымъ разсадникомъ заразы.

На первый взглядъ подобные аргументы могутъ показаться неотразимыми. Но, вглядѣвшись въ нихъ внимательнѣе, не трудно замѣтить, что они бьютъ дальше цѣли, что они или ничего не доказываютъ, или доказываютъ уже слишкомъ много. Дѣйствительно, если право можетъ быть соблюдаемо лишь подъ условіемъ его неуклоннаго соблюденія всѣми безъ исключенія, то оно попросту *никогда* не можетъ соблюдаться. И тамъ, гдѣ существующее право имѣетъ за собой принудительную санкцію, оно можетъ быть нарушаемо. Нѣтъ власти въ мірѣ, которая была бы въ состояніи силою принудить всѣхъ и каждаго къ повиновенію всѣмъ ея велѣніямъ. Съ другой стороны, люди вообще въ своихъ дѣйствіяхъ руководствуются не увѣренностью, потому что она почти никогда недостижима, а только вѣроятностью, которая практически оказывается достаточно пригодной основой нашего поведенія. Такъ, при соблюденіи права люди довольствуются вѣроятностью его соблюденія въ большинствѣ случаевъ. Будетъ ли право имѣть принудительную санкцію или нѣтъ увѣренности въ его соблюденіи во всѣхъ случаяхъ не можетъ быть. Ни при какихъ условіяхъ нельзя быть увѣреннымъ, что всѣ зачумленныя животныя будутъ немедленно умерщвлены. Но для разумности такого требованія достаточно вѣроятности, что большинство изъ нихъ будетъ умерщвлено, потому что и этимъ уже значительно уменьшится

[1]) См. въ особенности у *Fichte*, Grundlage des Naturrechts. 1796. I. s. 163—179 Изъ современниковъ у *Lasson*, System der Rechtsphilosophie 1882, s. 205—207.

вѣроятность широкаго распространенія чумы. Вѣроятность же соблюденія закона, въ большинствѣ случаевъ единственно возможная, не обусловлена вовсе принужденіемъ. Такъ, вѣроятность соблюденія правила объ умерщвленіи зачумленныхъ животныхъ едва ли болѣе увеличится при установленіи принудительныхъ къ тому мѣръ, нежели при общемъ распространеніи убѣжденія въ разумности такого правила.

Итакъ, принудительность не есть основное свойство права. Но оно не есть и *общее* свойство правовыхъ явленій.

Какъ на это указалъ уже Бирлингъ [1]), ученіе, признающее принужденіе существеннымъ признакомъ права, могло сложиться и получить значительное распространеніе, только благодаря тому, что до сихъ поръ всѣ общіе вопросы юридической теоріи разрабатываются или цивилистами, или въ примѣненіи къ институтамъ гражданскаго права. Общіе догматическіе вопросы входятъ обыкновенно въ изложеніе гражданскаго, да и содержаніе системы естественнаго права главнымъ образомъ заключается въ анализѣ институтовъ частнаго права. Но стоитъ только обратиться къ институтамъ публичнаго права, чтобы увидѣть невозможность считать принужденіе общею принадлежностью всякаго права. Политическія права прежде всего могутъ быть нарушены именно правительственными органами. Спрашивается: какъ же они могутъ въ томъ случаѣ охраняться принужденіемъ? [2]).

Но на это намъ, пожалуй, скажутъ, что еще вопросъ: точно ли публичное право—право? Вѣдь говоритъ же Ренненкампфъ, что „права публичныя не имѣютъ всегда строго юридическаго характера“ [3]). А Гумпловичъ, такъ тотъ прямо заявляетъ, что „если частное право—право, то государственное право не должно называться правомъ, а какъ нибудь иначе“, ибо они *качественно* различны [4]). Оставляемъ потому въ сторонѣ публичное право. Но и въ частномъ правѣ развѣ каждое право можетъ быть принудительно осуществлено? Развѣ не остаются и гражданскія претензіи часто неосуществленными, хотя бы потому, что судъ мирволитъ отвѣтчику или самъ отвѣтчикъ заблаговременно укрылъ все свое имущество въ надежное мѣсто? [5]).

Впрочемъ, можетъ быть, дѣло надо понимать нѣсколько иначе. Можетъ быть, признавая принужденіе существенною принадлежностью права, понимаютъ это не такъ, чтобы каждое конкретное правовое притязаніе во всѣхъ случаяхъ, при всякихъ фактическихъ условіяхъ могло

---

[1]) *Bierling.* l. c., s. 11: Die Lehre von den allgemeinen Grundbegriffen gehörte gewissermassen zur Domaine des Privatrechts.

[2]) *Thon,* Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, s. 6.

[3]) Очерки юридической энциклопедіи 1868, стр. 159.

[4]) *Gumplowicz,* Rechtsstaat und Socialismus, s. 13.

[5]) *Geyer.* Phil. Einl. in Koltzendorf's Encyclopädie. 4 Aufl. 1882, s. 4.

быть принудительно осуществлено, а лишь въ томъ, что всякое право „вообще“, „при нормальномъ порядкѣ вещей“, *способно* быть принудительнымъ путемъ осуществлено. Слѣдовательно тутъ рѣчь идетъ не о фактической, конкретной возможности принужденія, а лишь объ общей, предполагаемой, идеальной. Если такъ, то уже нельзя говорить, что каждое право *можетъ* быть принудительно осуществлено. Слѣдуетъ сказать лишь, что въ отношеніи каждаго права *должна бы* существовать возможность принудительнаго его осуществленія. Нельзя не замѣтить, что при такой обстановкѣ вопросъ становится крайне неопредѣленнымъ и во всякомъ случаѣ изъ вопроса о томъ, каковы *суть* свойства права, превращается въ вопросъ о томъ, каковы бы *должны* быть они. Но пусть будетъ такъ! Допустимъ и такую постановку. Выигрываетъ ли отъ этого въ убѣдительности оспариваемый нами взглядъ? Нисколько. Прежде всего, многія нормы вовсе и не предполагаютъ принудительнаго ихъ осуществленія. Нормы, послѣдствіемъ нарушенія которыхъ является принудительное осуществленіе содержащагося въ нихъ велѣнія, составляютъ только часть юридическихъ нормъ. Если считать юридическими только такія нормы, то пришлось бы исключить изъ числа юридическихъ всѣ тѣ нормы, послѣдствіемъ нарушенія которыхъ является наказаніе, такъ какъ наказаніе не есть, конечно, принужденіе къ осуществленію той нормы, нарушеніе которой составляетъ фактическое предположеніе наказанія [1]).

Не трудно затѣмъ показать, что значительное число правовыхъ требованій неспособно вовсе къ принудительному осуществленію [2]). Принудительно осуществляемы могутъ быть, собственно говоря, только такія юридическія требованія, которыя заключаются въ требованіи *не дѣлать* что-либо или въ требованіи *предоставленія какой-либо вещи или пользованія ею.* Но требованія, относящіяся къ *содѣянію*, въ особенности къ личнымъ услугамъ, не могутъ быть осуществлены посредствомъ принужденія. Нельзя человѣка силою заставить выполнять какой-либо трудъ. Его можно подвергнуть наказанію, но наказать не значитъ заставить. Могутъ быть случаи, и дѣйствительно бываютъ, когда человѣкъ скорѣе пойдетъ на висѣлицу, нежели исполнитъ то, что отъ него требуютъ.

Во всей нашей аргументаціи, говоря о принужденіи, мы разумѣли принужденіе физическое: къ нему только и относятся всѣ наши доводы.

---

[1]) *Thon.* Der Rechtsbegriff (Zeitschrift für Privat und offentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1880. VII, B. Heft 2), s. 245.

[2]) *Kuhnast.* Jhering's Definition des Rechts (Beitrage zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgbn. von Rassow und Küntzel, 1880, № 2—4), s. 155. Es scheint aber auch, als ob die Frage wohl aufgeworfen werden darf ob überhaupt die Erfüllung irgend einer Rechtspflicht und insbesondere die Leistungsabsicht erzwingbar ist.

Возможно, конечно, и иное пониманіе принужденія. Такъ Ірингъ, признавая принужденіе (Zwang) существеннымъ признакомъ права, разумѣетъ при этомъ не только физическое, но и психическое принужденіе. Конечно, отчего же не понимать дѣла и такъ? Но только надо помнить, что при такомъ пониманіи такъ расширяется самое понятіе принужденія, что споръ дѣлается совершенно безпредметнымъ. Если подъ принужденіемъ разумѣть и психическое принужденіе, то, конечно, принужденіе сопутствуетъ каждому правовому явленію. Но *такое* принужденіе стоитъ не только за правовыми нормами, но и за принципами нравственности, и за догматами религіи и даже за логическими и эстетическими законами. Сознательное нарушеніе нравственнаго долга неразлучно съ представленіемъ объ униженіи человѣка въ своихъ собственныхъ глазахъ и въ глазахъ другихъ. Грѣхъ вызываетъ за собой представленіе о Божьемъ гнѣвѣ и Божьей карѣ. Нарушеніе законовъ логики— о лживости и ненадежности получаемыхъ выводовъ. Нарушеніе законовъ прекраснаго—о непріятномъ чувствѣ безобразія. И всѣ такія представленія о непріятномъ, нежелательномъ въ какомъ-либо отношеніи производятъ такое же психическое принужденіе, какъ и представленія о предстоящемъ гражданскомъ взысканіи или уголовной карѣ. Разумѣется, тутъ представляется чрезвычайное разнообразіе въ степени, въ силѣ принужденія. Но принужденіе, служащее цѣлямъ права, далеко не всегда есть сильнѣйшее. Страхъ гнѣва Божія или страхъ общественнаго позора можетъ быть несравненно сильнѣе страха какого-нибудь денежнаго взысканія или кратковременнаго ареста; такимъ образомъ, если ужъ мы станемъ говорить о психическомъ принужденіи, то нѣтъ никакого основанія видѣть въ принужденіи отличительный признакъ одного только права. Психическое принужденіе причастно всему, что имѣетъ какое-нибудь отношеніе къ человѣческому сознанію. Слѣдовательно, говоря, что право опирается на психическое принужденіе, мы говоримъ только, что велѣніе юридическихъ нормъ обращено къ человѣческому сознанію не болѣе.

Итакъ, нельзя въ принужденіи видѣть существенный, отличительный признакъ права. Но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы принужденіе, и именно физическое принужденіе, не играло въ правѣ весьма видной роли. Значеніе его въ юридической жизни обусловливается прежде всего тѣмъ, что развитіе юридическаго порядка всегда приводитъ къ воспрещенію всякаго частнаго насилія, самоуправства. Въ сколько-нибудь развитомъ юридическомъ быту допускается осуществленіе принужденія только со стороны общественной власти. Таково по крайней мѣрѣ общее правило. Затѣмъ и органы власти должны пользоваться принужденіемъ только для осуществленія правомѣрныхъ требованій. Въ силу этого, нормальный порядокъ вещей въ современныхъ культурныхъ обществахъ

таковъ, что принужденіе служитъ исключительно праву. Въ этомъ, и только въ этомъ смыслѣ, можно сказать, что принужденіе есть исключительная принадлежность права. Но, конечно, это совсѣмъ не то же, что признать принудительность общимъ свойствомъ права, или видѣть въ принужденіи необходимое основаніе права. Мы говоримъ только, что съ прогрессомъ общественной жизни право стремится къ возобладанію надъ силой и пользуется ею, насколько она является пригоднымъ средствомъ для осуществленія права. Но право можетъ обойтись и безъ принужденія, и не всякое право осуществимо чрезъ принужденіе.

Установленіе монополіи, такъ сказать, принужденія за общественной властью имѣетъ весьма важное значеніе. Оно не только обезпечиваетъ условія мирнаго общежитія и сообщаетъ большую твердость тѣмъ правамъ, которыя могутъ быть принудительно осуществляемы, но это вліяетъ косвенно и на упроченіе всѣхъ правъ вообще. Случаи принудительнаго осуществленія права, при государственной монополіи принужденія почти всегда успѣшнаго, не могутъ не производить на умы сильнаго впечатлѣнія, и потому въ глазахъ большинства, не имѣющаго яснаго понятія о томъ, каковъ предѣлъ возможнаго примѣненія принужденія, представленіе о правѣ невольно ассоціируется съ представленіемъ о принудительномъ его осуществленіи. Въ наивномъ правосознаніи, чуждомъ критическаго анализа, всегда живетъ поэтому убѣжденіе о возможности принудительнаго осуществленія всякаго права безъ исключенія. Эта наивная увѣренность имѣетъ большое значеніе въ юридическомъ быту, но ей не можетъ быть мѣста въ наукѣ, потому что, какъ мы видѣли, она не можетъ выдержать пробы строгаго анализа.

§ 13. *Формальное и утилитарное положеніе.*

Jhering, Geist des Romischen Rechts, B. III. Zweck im Recht, B. I. *Dahn*, Vernunft im Recht, 1879. *Азаревичъ*, Рудольфъ фонъ Ірингъ (Ж. Гражд. и Угол. права, 1882, № 9).

Какъ мы уже говорили, наше опредѣленіе права, какъ разграниченія интересовъ, можетъ вызвать два противоположныхъ воззрѣнія. Представители формальнаго направленія скажутъ, что право дѣйствительно разграничиваетъ, но только не интересы, а воли отдѣльныхъ личностей. Сторонники противоположнаго, утилитарнаго направленія найдутъ, напротивъ, что право не ограниченіе, а охрана интересовъ. Посмотримъ же, въ чемъ заключается существо каждаго изъ этихъ направленій, и постараемся доказать односторонность каждаго изъ нихъ, не позволяющую принять цѣликомъ выставляемыя ими опредѣленія права.

Формальная теорія права старѣе. Она современна возникновенію школы естественнаго права съ ея индивидуалистической подкладкой и

съ механическимъ взглядомъ на общество. Но полнаго законченнаго развитія эта теорія достигла въ XVIII столѣтіи въ ученіяхъ Томазія, Канта и Фихте, рѣзко отдѣлившихъ право отъ нравственности и придавшихъ праву чисто формальный характеръ. Въ правѣ видѣли внѣшній порядокъ человѣческихъ отношеній. Функціей права признавалось отмежеваніе каждому индивиду неприкосновенной сферы, гдѣ бы свободно могла проявляться его воля. При этомъ на содержаніе воли, на движущіе ею интересы вовсе не обращалось вниманіе. Въ отношеніи къ содержанію интересовъ право являлось съ точки зрѣнія этой теоріи совершенно индифферентнымъ.

Господство этой формальной теоріи въ прошломъ столѣтіи и въ началѣ настоящаго имѣло двоякое основаніе: историческое и теоретическое. Формальная теорія, требовавшая, чтобы право только отмежевывало каждому извѣстную сферу свободнаго проявленія воли, не считаясь съ тѣмъ, чѣмъ наполнитъ онъ эту сферу свободы, явилась реакціей противъ царившаго тогда крайняго развитія правительственной опеки. Тогдашнее полицейское государство считало себя призваннымъ вмѣшиваться во всѣ подробности индивидуальной дѣятельности. Законодательство этой эпохи стремилось указывать каждому, гдѣ онъ долженъ жить, во что одѣваться, что дѣлать и какъ дѣлать. Такое чрезмѣрное развитіе правительственной опеки совершенно уничтожало индивидуальную инициативу, этотъ главный факторъ общественнаго прогресса. Мало того, государство распространяло законодательныя опредѣленія и на вопросы совѣсти, предписывая людямъ опредѣленныя религіозныя вѣрованія, преслѣдуя ихъ своими наказаніями за отступленія отъ строгой ортодоксальности. При такихъ условіяхъ, конечно, прежде всего настояла надобность потребовать ограниченія государственнаго вмѣшательства въ индивидуальную сферу, добиться отмежеванія индивиду извѣстной сферы, гдѣ бы могла безпрепятственно царить его воля. Таково было историческое основаніе формальной теоріи права; теоретическое ея основаніе коренилось въ господствовавшемъ тогда механическомъ взглядѣ на самое человѣческое общество.

Когда общество представляется не болѣе какъ простымъ, механическимъ аггрегатомъ извѣстнаго числа отдѣльныхъ личностей, когда не личность считается продуктомъ общественной жизни, а само общество продуктомъ произвольнаго соглашенія личностей, словомъ, когда принимается механическое воззрѣніе на общество, тогда естественно единственнымъ дѣятельнымъ факторомъ общественной жизни признается индивидъ и его сознательная воля. Поэтому и общественный порядокъ при такомъ механическомъ воззрѣніи на общество не можетъ заключаться ни въ чемъ иномъ, какъ въ опредѣленномъ разграниченіи сферы свободнаго проявленія отдѣльныхъ индивидуальныхъ воль. Отмежевывае-

мая при этомъ каждому индивиду сфера свободнаго проявленія его воли, сфера, въ которой господствуетъ безраздѣльно его воля, и признавалась его правомъ въ субъективномъ смыслѣ. А право объективное составляютъ нормы, опредѣляющія разграниченіе индивидуальныхъ воль.

Впрочемъ, разъ установленное формальное понятіе права нашло себѣ признаніе и со стороны мыслителей, уже отрѣшившихся отъ механическаго пониманія общества. Такъ, Гегель, ставящій общественный порядокъ, какъ реализацію нравственности, выше отдѣльной личности, удерживаетъ всетаки чисто формальное пониманіе права. Въ его ученіи волюнтарная, такъ сказать, теорія даже получаетъ дальнѣйшее развитіе. У Канта индивидуальная воля ограничивается разумомъ; у Гегеля—волею же, но только волею общею, объективною, выражающеюся въ государственномъ порядкѣ. Такимъ образомъ у Гегеля понятіе права всецѣло сводится къ понятію воли: это есть ограниченіе частной субъективной воли волею общей, объективной.

Ученія Гегеля и Канта имѣли весьма глубокое вліяніе на юридическую литературу въ первой половинѣ прошлаго столѣтія. Немудрено поэтому, что формальное пониманіе права, какъ разграниченія воль, и до сихъ поръ сохраняетъ значеніе. Въ ходячихъ опредѣленіяхъ учебниковъ оно до сихъ поръ остается господствующимъ [1]). Но измѣнившіяся историческія условія и замѣна механической теоріи общества органическимъ ученіемъ не могли всетаки не поколебать его господства. Государственное вмѣшательство въ индивидуальную сферу въ настоящее время уже повсюду является ограниченнымъ, въ нѣкоторыхъ государствахъ даже до крайности. Индивидуальная свобода нашла себѣ почти повсемѣстное признаніе. На смѣну старымъ вопросамъ, когда-то породившимъ формальную теорію права, выступили новые, съ совершенно другими тенденціями. Съ освобожденіемъ отъ правительственной опеки человѣкъ вовсе не оказался такимъ свободнымъ, какъ того ждали. Съ прекращеніемъ государственнаго вмѣшательства съ особенною силою проявилась, не обращавшая прежде на себя вниманія, зависимость индивида отъ общества, и прежде всего зависимость неимущихъ отъ имущихъ. Но государство, какъ носитель нравственной идеи, не можетъ безучастно относиться къ подчиненію высшихъ интересовъ, напр., здоровья, труда, низшимъ интересамъ, только потому, что эти послѣдніе фактически опираются на большую силу. Является потому вновь требованіе государственнаго вмѣшательства, оказывающагося необходимымъ для обезпеченія свободы слабыхъ членовъ общества отъ сильнѣйшихъ. Стало быть и законодательство должно расширить свои рамки, стало

[1]) *Windscheid.* Pandekten, I, § 37, опредѣляетъ право какъ „ein von Rechtsordnung verliehede Wollendurfen". *Kuntze,* Wendepunkt der Jurisprudenz, s. 32, какъ „Organisirte Wille".

быть и право не можетъ только размежевать сферы проявленія индивидуальныхъ воль, а должно посчитаться съ разнообразными интересами, наполняющими эти „сферы“. Все это—запросы самой жизни и должны были вызвать замѣну стараго пониманія права новымъ. Первымъ противникомъ формализма старыхъ юридическихъ теорій оказалась, естественно, органическая школа въ лицѣ своихъ представителей Краузе, Аренса и Редера.

Отвергнувъ механическое воззрѣніе на общество, школа эта естественно не могла удержать и пониманія объективнаго права только какъ нормы разграниченія индивидуальныхъ воль. Ея пониманіе права представляется болѣе широкимъ. Право для нея есть совокупность условій гармоническаго развитія личности. Но субъективное право и органическая школа по старому опредѣляетъ какъ ограниченную юридической нормой волю [1]). Первымъ, рѣшительно отбросившимъ въ опредѣленіи права моментъ воли былъ Іерингъ въ третьемъ томѣ своего „Духа римскаго права“. Для него и субъективное право не есть ограничиваемая воля. У него воля замѣняется интересами. Соціальной функціей права онъ признаетъ не ограниченіе воль, а *охрану интересовъ* [2]).

Іерингово объясненіе общественной функціи права представляетъ, безъ сомнѣнія, много преимуществъ, сравнительно со старымъ объясненіемъ права, какъ разграниченія воль. При старомъ воззрѣніи юридическая наука неизбѣжно получаетъ крайне формальный характеръ въ томъ смыслѣ, что не обращается вниманія на содержаніе людской дѣятельности, на тѣ стремленія, нужды, потребности, которыя руководятъ ею, а только на ея внѣшнія формы. Такимъ образомъ юриспруденція не можетъ выяснить ни жизненнаго значенія юридическихъ институтовъ, ни условій, которыя ихъ вызвали къ существованію, ни цѣлей, осуществленію которыхъ они служатъ.

Напротивъ, юристъ, видящій въ правѣ охрану интересовъ, невольно, само собой, побуждается къ болѣе глубокому изученію юридическихъ институтовъ. Изслѣдуя тѣ интересы, которые руководятъ и дѣятельностью людей, и охраняются созданнымъ ими правомъ, онъ получаетъ возможность пойти дальше простого изученія формъ юридической охраны. Онъ объясняетъ, чѣмъ она вызвана, какъ вліяетъ она на теченіе и развитіе общественной жизни, въ чемъ содѣйствуетъ ему, въ чемъ мѣшаетъ. Онъ получаетъ возможность понять историческую смѣну

[1]) Das Recht ist aber auch ein subjectiver Princip und drückt als solches die Beziehung *des Willens* oder der Freiheit zu der objectiven Rechtsnorm, aus *Ahrens*, Encyclopädie, 51.

[2]) Geist. III, § 60, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen. Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses.

юридическихъ формъ, обратившись къ изученію измѣненій характера и направленія охраняемыхъ ими интересовъ. Въ отношеніи къ дѣйствующимъ и нарождающимся формамъ онъ получаетъ возможность опредѣленнѣе развить и довести до должной полноты то, что является предъ нимъ лишь въ видѣ зародыша, зачатка, потому что, изучая измѣненіе интересовъ, онъ можетъ опредѣлить и то, какъ должны измѣниться, или въ какомъ направленіи—развиться и формы ихъ юридической охраны.

Подобное же вліяніе эти различные взгляды должны имѣть и на законодателя. Первый изъ нихъ удаляетъ его отъ жизни, второй приближаетъ. Воля, если брать ее независимо отъ содержанія, представляется одинаковой у всѣхъ людей, какъ одна изъ общихъ формъ психической жизни. Отсюда мысль о независимости права отъ условій времени и мѣста, о возможности руководствоваться при изданіи законовъ соображеніями совершенно отвлеченнаго свойства [1]). Напротивъ, интересы разнообразятся до безконечности, смотря по различію лицъ, времени, мѣста. Законодатель, считающійся съ содержаніемъ права, не можетъ не обратить вниманія на изученіе дѣйствительнаго житейскаго склада того общества, для котораго предполагается издать законъ. Изданіе законовъ при такомъ взглядѣ на право немыслимо безъ изученія интересовъ общества, ихъ оцѣнки, выясненія ихъ взаимнаго соотношенія.

Наконецъ, различіе взглядовъ на содержаніе права должно отозваться и на широтѣ функцій права. Если охраняется воля, безъ обращенія вниманія на разнообразіе возможнаго ея содержанія, то естественно могутъ быть установлены только общія условія охраны, одинаково примѣнимыя ко всякаго рода содержанію. Но такого рода общія условія могутъ быть только отрицательнаго характера, ограничивающіяся охраной отъ прямого нарушенія неприкосновенности лица, стѣсненія его со стороны другихъ. Напротивъ, если имѣется въ виду охрана интересовъ, то условія охраны приноравливаются къ особенностямъ каждаго интереса, и потому могутъ имѣть и положительный характеръ.

Уже это сравненіе двухъ взглядовъ на право и юриспруденцію говоритъ въ пользу воззрѣнія Іеринга. Но помимо этого, можно указать еще и другіе доводы, убѣждающіе уже въ томъ, что пониманіе права, какъ разграниченія воль, рѣшительно не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ

[1]) Даже *Stein*, несмотря на существенно историческій характеръ своихъ воззрѣній, своимъ пониманіемъ права, заимствованнымъ у Гегеля, приводится къ тому, что утверждаетъ, будто das Recht *seinem* Princip *nachauch* ganz gleichgültig gegen seinen Inhalt ist... es ist nicht erst da durch das werdende Leben sondern durch den einfachen Begriff desselben (Gegenwart, 94). И даже еще больше: *„Das Recht an sich hat gar keine Geschichte“* sondern das was wir die Geschichte desselben zu nennen pfliegen ist die Geschichte des Lebens in denjenigen Punkten, in welchen desselbe zu Rechtsbegriffen wird (S. 100).

явленіямъ юридической жизни, не можетъ дать намъ объясненія многихъ изъ нихъ.

Въ любомъ дѣйствующемъ правѣ можно найти постановленія, по которымъ воля охраняется не безусловно, а только подъ тѣмъ условіемъ, что она направлена къ осуществленію такого интереса, который признается подлежащимъ охранѣ. Наиболѣе общій примѣръ такого рода есть то общепринятое положеніе, что не всякій договоръ можетъ притязать на судебную охрану, а только такой, который касается существенныхъ интересовъ. Ни одинъ судъ въ свѣтѣ не приметъ иска о понужденіи къ исполненію обѣщанія протанцовать съ человѣкомъ первый вальсъ и это потому, что интересъ танцовать первый танецъ непремѣнно съ даннымъ лицомъ считается недостаточно важнымъ для того, чтобы въ отношеніи къ нему могла быть примѣняема юридическая охрана. Кромѣ несущественныхъ, не подлежатъ охранѣ еще и такіе интересы, которые противны доброй нравственности. Договорамъ, касающимся такихъ интересовъ, также отказываютъ въ судебной охранѣ. Такъ, напр., договоръ о непотребствѣ ни одинъ судъ не признаетъ дѣйствительнымъ.

Другое доказательство невозможности удерживать старое воззрѣніе заключается въ томъ, что права присвоиваются и такимъ лицамъ, у которыхъ нѣтъ воли. Примѣрами могутъ служить охраненіе интересовъ зародыша, находящагося еще въ утробѣ матери, идіотовъ, умалишенныхъ, дѣтей.

Наконецъ, охраненіе интересовъ совершается иногда помимо или даже противъ воли лица. Примѣры такого рода охраны мы видимъ въ институтѣ опеки надъ несовершеннолѣтними и расточителями, въ обязательномъ обученіи грамотѣ, въ обязательной прививкѣ оспы.

Эти соображенія убѣждаютъ, что признаніе содержаніемъ права воли не объясняетъ всѣхъ юридическихъ институтовъ, такъ какъ существуютъ права, которыя положительно невозможно разсматривать какъ охрану воли. Наоборотъ, нельзя найти права, которое бы не охраняло въ дѣйствительности какого-нибудь интереса и тѣмъ не менѣе имѣло практическое значеніе. То обстоятельство, что многіе юридическіе институты вполнѣ объяснимы съ той точки зрѣнія, что право есть разграниченіе воль, нисколько не говоритъ противъ опредѣленія права, какъ охраны интересовъ, потому что обезпеченіе за индивидомъ извѣстной сферы, въ которой онъ свободно можетъ проявлять свою волю, также есть одинъ изъ интересовъ и, слѣдовательно, пониманіе права, какъ охраны интересовъ, гораздо общѣе, нежели пониманіе его, какъ разграниченія воль: первое обнимаетъ собою второе, какъ частный случай охраны интересовъ.

Нельзя не указать также и на то, что пониманіе права, какъ разграниченія воль, необходимымъ образомъ ведетъ къ чисто индивидуали-

стическому пониманію права. Воля всегда индивидуальна, у каждаго своя воля и потому старое пониманіе права приводитъ къ противоположенію индивида съ его правомъ—обществу. Между тѣмъ дѣйствительный юридическій порядокъ представляетъ множество такихъ правъ, которыя рѣшительно не могутъ быть пріурочены къ одному опредѣленному индивиду. Волевая теорія для объясненія такихъ явленій юридической жизни не знаетъ иного средства, какъ ученіе о такъ называемыхъ юридическихъ лицахъ, которымъ, подобно индивиду, присвоиваются права. Но юридическое лицо есть фикція, въ силу которой та или другая группа лицъ или даже извѣстное имущество разсматриваются какъ особая личность, совершенно такъ же, какъ индивидъ является субъектомъ правъ и юридическихъ обязанностей. Такъ разсматривается, напр., государство, акціонерныя компаніи, различныя корпораціи, благотворительныя учрежденія и т. п. Какъ пріемъ юридической конструкціи, такая фикція — дѣло вполнѣ законное. Это наиболѣе простой и удобный пріемъ для опредѣленія дѣйствія права. Но для философскаго объясненія самой возможности существованія такихъ правъ, которыхъ нельзя пріурочить къ отдѣльному индивиду, подобная фикція совершенно не годится. Тутъ фикціи неумѣстны. Замѣна же воли интересомъ даетъ намъ полную возможность объяснить подобныя явленія права безъ помощи фикцій. Воля есть принадлежность индивидуальнаго духа. Интересы человѣка, напротивъ, въ самой незначительной степени опредѣляются его индивидуальной организаціей. Наибольшая часть интересовъ человѣка является продуктомъ жизни его въ обществѣ и потому имѣетъ общественный характеръ. Интересы человѣка не могутъ быть, подобно его личной волѣ, противополагаемы обществу. Громадное большинство интересовъ общи всѣмъ, другіе—общи по крайней мѣрѣ отдѣльнымъ группамъ лицъ, и лишь ничтожное количество интересовъ имѣетъ вполнѣ индивидуальный характеръ. Поэтому пониманіе права, какъ охраны интересовъ, приводитъ къ замѣнѣ прежней индивидуалистической теоріи права теоріей общественной. Право понимается не какъ нѣчто противополагаемое индивидомъ обществу, а, напротивъ, какъ нѣчто, созидаемое обществомъ и предоставляемое имъ индивиду. И дѣйствительно, теорія права Іеринга и его послѣдователей представляется съ такимъ характеромъ общественной теоріи права.

Однако, не смотря на всѣ эти достоинства выставленнаго Іерингомъ пониманія права, какъ охраны интересовъ, нельзя принять иначе, какъ съ однимъ довольно существеннымъ его видоизмѣненіемъ.

Нельзя именно согласиться съ тѣмъ, чтобы право было *охраною* интересовъ. Если держаться строго такого пониманія права, то придется признать, что если бы въ какомъ либо обществѣ охранялся всего

какой-либо одинъ интересъ, а всѣ другіе интересы стояли внѣ охраны, этотъ охраненный интересъ всетаки былъ правомъ и, слѣдовательно, отношеніе его субъекта къ субъектамъ другихъ, не охраненныхъ интересовъ есть отношеніе юридическое, напр., отношеніе деспота къ вполнѣ безправному народу, отношеніе отца къ безправнымъ членамъ патріархальной семьи, отношеніе гражданъ къ иностранцамъ въ тѣ историческія эпохи, когда за ними не признавалось правоспособности, отношеніе господина къ рабу. Но это прямо противорѣчитъ тому, что право можно имѣть только въ отношеніи къ лицамъ, также пользующимся правовой охраной, юридическія отношенія возможны только между правоспособными личностями. Можно имѣть право *на раба*, но не *въ отношеніи къ рабу*. Это потому, что интересъ, охраняемый, напр., правомъ пожизненнаго пользованія рабомъ, стѣсняется, ограничивается въ своемъ осуществленіи не интересами раба, которые вовсе не принимаются въ соображеніе, вовсе не охраняются, а лишь интересами другихъ правоспособныхъ лицъ, напр., собственника раба, въ отношеніи къ которому я имѣю свое право пользованія и интересы котораго такъ же, какъ и мои, охраняются правомъ. Напротивъ, въ отношеніи къ правоспособнымъ лицамъ нельзя имѣть право *на нихъ*. Такъ, когда вы нанимаете слугу, то въ силу договора найма вы пріобрѣтаете право въ отношеніи къ нанятому лицу, но не на него, а только на его дѣйствіе.

Проф. Муромцевъ думалъ избѣжать этого затрудненія, внеся въ свое опредѣленіе права то добавленіе, что право есть охрана, даваемая общественнымъ союзомъ только противъ препятствій, возможныхъ со стороны прочихъ членовъ союза. Онъ разсматриваетъ право, какъ частную форму воздѣйствія общественной среды на людскія отношенія. Отношенія людей вообще осложняются подъ вліяніемъ той среды, въ которой они совершаются, а именно того общества, гдѣ люди живутъ. Общество оказывается заранѣе склоннымъ къ оказанію субъекту отношеній помощи въ дѣлѣ установленія и поддержанія его отношеній. Эта помощь или защита совершается въ двухъ направленіяхъ. Во-первыхъ она можетъ быть направлена къ устраненію препятствій, лежащихъ внѣ даннаго общества. Это Муромцевъ называетъ защитой перваго рода. Во-вторыхъ, общество защищаетъ отношенія однихъ изъ числа своихъ членовъ противъ посягательства со стороны другихъ членовъ. Это защита второго рода. Она происходитъ въ двухъ формахъ: не организованной и организованной. Организованная защита отличается тѣмъ, что она совершается заранѣе опредѣленнымъ порядкомъ и, обыкновенно, особенными, установленными для того органами. Такая напередъ опредѣленная защита отношеній второго рода и есть, по опредѣленію проф. Муромцева, право. Слѣдовательно, право у него—не всякая охрана отношеній, а только организованная и притомъ направлен-

ная противъ опасностей, исходящихъ изъ среды того же самаго общества. Но такая поправка не можетъ пособить дѣлу. Правда, при ней отношеніе къ безправымъ иностранцамъ уже не подводится подъ понятіе юридическаго отношенія, но за то она приводитъ неизбѣжно къ отрицанію и всего международнаго права, такъ какъ отличительный характеръ международныхъ отношеній въ томъ и заключается, что субъекты ихъ—члены различныхъ общественныхъ союзовъ. И при томъ отрицаніе тутъ неизбѣжно именно въ отношеніи къ такимъ частямъ международнаго права, юридическій характеръ которыхъ всего несомнѣннѣе. Дѣйствительно, держась взгляда Муромцева, можно еще признать юридическій характеръ за такой защитой интересовъ, которая совершается коллективными мѣрами по соглашенію всего европейскаго международнаго союза или великихъ державъ (напр., дѣятельность священнаго союза; замѣна санъ-стефанскаго договора берлинскимъ), такъ какъ тутъ защита дается международнымъ союзомъ одному изъ своихъ членовъ противъ другого, но придется отрицать юридическій характеръ защиты, напр., противъ перепечатки за границею книги безъ разрѣшенія автора, противъ посягательства на жизнь человѣка—совершенное человѣкомъ, находящимся за границею того государства, гдѣ находится потерпѣвшій. Въ подобныхъ случаяхъ охрана дается противъ препятствій, находящихся внѣ охраняющаго союза, и потому, согласно опредѣленію Муромцева, это не есть правовая защита. Являясь, такимъ образомъ, въ данномъ отношеніи слишкомъ узкимъ, его опредѣленіе въ другихъ отношеніяхъ остается слишкомъ широкимъ. Всякая охрана противъ препятствій, со стороны членовъ охраняющаго союза, хотя бы они не были правоспособны, хотя бы ихъ интересы и не охранялись, согласно этому опредѣленію, есть право. Слѣдовательно и отношеніе господина къ рабу и отношеніе къ лицу, объявляемому внѣ покровительства законовъ, будетъ юридическимъ.

Всѣ эти несообразные выводы будутъ устранены, если принять данное нами выше опредѣленіе права, какъ нормы, разграничивающей интересы. Тогда функціей права будетъ признана не охрана, а только разграниченіе интересовъ, и этимъ самымъ объяснится, почему юридическое отношеніе мыслимо только между субъектами правоспособными, т. е. такими, интересы которыхъ признаются подлежащими охранѣ. Гдѣ подлежащій охранѣ интересъ имѣется только съ одной стороны, тамъ не можетъ быть и разграниченія интересовъ: тамъ интересъ, подлежащій охранѣ, вполнѣ поглощаетъ собою интересъ, не подлежащій охранѣ.

Нельзя также не замѣтить, что утилитарное опредѣленіе права, какъ охраны интересовъ, приводитъ въ послѣдовательномъ своемъ развитіи къ безграничной правительственной опекѣ. *Охрана* интереса, конечно, предполагаетъ и выборъ лучшаго способа его осуществленія. Поэтому, если

задача права — охранять интересы, оно должно обязать гражданъ держаться въ осуществленіи своихъ интересовъ способовъ, признанныхъ наилучшими, и, слѣдовательно, совершенно подавить личную инициативу, необходимый факторъ общественнаго развитія; разграниченіе интересовъ, напротивъ, только устраняетъ взаимныя столкновенія интересовъ, не вмѣшиваясь въ выборъ лучшихъ способовъ осуществленія каждаго интереса въ отдѣльности. Насколько осуществленіе даннаго интереса не мѣшаетъ осуществленію другихъ интересовъ, оно опредѣляется только требованіями цѣлесообразности и нравственности, не регулируясь юридическими нормами. Такимъ образомъ право, какъ разграниченіе интересовъ, представляетъ середину между двумя крайностями: индифферентизмомъ формальнаго пониманія права и безусловнымъ уничтоженіемъ всякой индивидуальной самостоятельности.

ГЛАВА III.

Гипотеза естественнаго права.

§ 14. Общая характеристика.

Содержаніе юридическихъ нормъ представляется крайне измѣнчивымъ, смотря по времени, и крайне разнообразнымъ по мѣсту. Одни и тѣ же интересы разграничиваются весьма различно правомъ разныхъ государствъ и различныхъ историческихъ эпохъ. Отсюда какъ бы само собой напрашивается заключеніе, что содержаніе юридическихъ нормъ всецѣло зависитъ отъ произвола людей, что право есть ихъ произвольное установленіе. Но на ряду съ этимъ фактомъ измѣнчивости и разнообразія права въ немъ замѣчаются также элементы объективной необходимости. Хотя сужденія людей о справедливомъ представляются различными на различныхъ стадіяхъ культурнаго развитія, но мы сознаемъ, однако, невозможность измѣненія по произволу такъ или иначе сложившихся въ насъ понятій о правѣ и неправѣ. Точно также и въ исторіи почти каждаго законодательства можно найти примѣры того, какъ попытки законодателя придать силу дѣйствующаго права заимствованіямъ изъ иностраннаго законодательства или теоретическимъ началамъ оказывались безуспѣшными: воля законодателя встрѣчала себѣ противодѣйствіе въ объективныхъ условіяхъ даннаго общественнаго быта и изданный законъ оставался мертвой буквой безъ дѣйствительнаго исполненія.

Все это заставляетъ признать въ правѣ, на ряду съ его разнообразіемъ и измѣнчивостью, и элементы объективной необходимости. И притомъ они проявляются настолько рѣзко, что и при первыхъ попыткахъ научнаго объясненія права не могли не обратить на себя вниманія. Должна была явиться потребность какъ нибудь объяснить этотъ присущій

праву элементъ объективной необходимости. А такъ какъ до XVIII в. не существовало вовсе идеи закономѣрнаго историческаго развитія, то совершенно неустранимой представлялась альтернатива или признать право совершенно произвольнымъ установленіемъ людей, чуждымъ всякой необходимости, или же видѣть въ немъ нѣчто непосредственно данное отъ природы и потому неизмѣнное, независимое вовсе отъ людей. Первая изъ этихъ точекъ зрѣнія не могла по своей поверхности и очевидному противорѣчію необходимому характеру права удовлетворить ни одинъ сколько нибудь глубокій умъ. Вторая приводила къ принятію гипотезы естественнаго права, вѣчнаго, общаго, неизмѣннаго, необходимо вытекающаго изъ самой природы человѣка, независимаго отъ людского произвола. Эта гипотеза заключаетъ въ себѣ много обаятельнаго. Она уравниваетъ юридическія нормы съ законами природы; взамѣнъ подчиненія произвольнымъ велѣніямъ другихъ людей, какъ все человѣческое несовершенныхъ, она подчиняетъ человѣка непреложнымъ велѣніямъ природы; искусственному, выдуманному, она противопоставляетъ естественное, необходимое. Но вмѣстѣ съ тѣмъ эта гипотеза содержитъ въ себѣ неразрѣшимое противорѣчіе факту измѣнчивости и разнообразія права. Если уже существуетъ вѣчное, непреложное естественное право, какъ рядомъ съ нимъ можетъ найти себѣ мѣсто несовершенное, преходящее, противорѣчивое положительное право? Тѣмъ не менѣе покуда сохранялась старая постановка вопроса, покуда альтернатива произвольнаго установленія или естественной необходимости считалась неустранимой, гипотеза естественнаго права должна была казаться единственно возможнымъ объясненіемъ свойственнаго праву характера необходимости и общности.

Какъ ни рѣзко проявлялись измѣнчивость и разнообразіе права, очевидно противорѣчащія предполагаемому естественному характеру права, сколько нибудь глубокій умъ не могъ не замѣчать за ними объективной необходимости, не допускавшей принять ученіе о произвольномъ установленіи. При такомъ условіи только узкіе практики могли отвергать гипотезу естественнаго права. При сколько нибудь философскомъ отношеніи къ вопросу, она оказалась необходимой. И вотъ, въ теченіе многихъ вѣковъ гипотеза эта почти безраздѣльно господствуетъ въ научномъ объясненіи права. Явившись впервые у грековъ, еще у Сократа, она получила широкое развитіе у римскихъ юристовъ. У нихъ естественное право считалось составною частью положительнаго, тѣмъ его элементомъ, который является общею и необходимою принадлежностью каждаго права въ отличіе отъ измѣнчивыхъ и разнообразныхъ національныхъ особенностей отдѣльныхъ законодательствъ, какъ бы обростающихъ собою естественную основу права. Въ средневѣковой философіи сообразно общему религіозному ея характеру естественное право отожде-

ствляется съ божественнымъ закономъ, предвѣчнымъ и неизмѣннымъ, въ противоположность мѣняющимся человѣческимъ законамъ. Въ XVII и XVIII вв. подъ вліяніемъ господствовавшаго тогда раціонализма теорія естественнаго права вновь отрѣшается отъ религіозной основы и естественное право понимается какъ отвлеченная система права, вытекающая съ логической необходимостью изъ разумной природы человѣка и существующая на ряду съ положительнымъ правомъ.

Только историческая школа въ лицѣ Гуго и Савиньи впервые выставила философски обоснованное отрицаніе гипотезы естественнаго права. Это не было дѣломъ случайности, а необходимымъ результатомъ примѣненія этой школой къ объясненію права историческаго взгляда. *Историческое изученіе* права существовало и прежде, но *историческое пониманіе* явилось только въ ученіи исторической школы. Въ XVI вѣкѣ французская школа юристовъ съ Куяціемъ (Jacques Cujas 1552—1580) во главѣ занималась изученіемъ исторіи римскаго права. Но направленіе ея работъ было чисто антикварное. Все сводилось къ возсозданію картины древняго римскаго юридическаго быта—и только: о выясненіи процесса историческаго развитія не было и рѣчи.

Да иначе и не могло быть, такъ какъ тогда не была еще выработана идея закономѣрнаго историческаго развитія, явившаяся не ранѣе XVIII вѣка, благодаря трудамъ Вико, Монтескье, Гердера. Значеніе исторической школы главнымъ образомъ въ томъ и заключается, что она примѣнила къ изученію права эту новую идею закономѣрнаго историческаго развитія и этимъ самымъ опредѣлилось ея отрицательное отношеніе къ гипотезѣ естественнаго права. Разъ поняли закономѣрный и, слѣдовательно, необходимый характеръ историческаго развитія права, въ гипотезѣ естественнаго права не оказалось болѣе надобности. Несомнѣнно существующій въ правѣ элементъ необходимости и независимости отъ человѣческой воли нашелъ себѣ лучшее, потому что легче согласимое съ фактомъ разнообразія и измѣнчивости права, объясненіе въ закономѣрности развитія права. Поэтому и побѣда ученій исторической школы надъ теоріей естественнаго права была такая скорая и легкая. Ни у Гуго, ни у Савиньи мы почти вовсе не находимъ доводовъ, опровергающихъ гипотезу естественнаго права. Они просто противопоставили ей идею закономѣрнаго развитія, и гипотеза оказалась лишенной главнаго своего основанія, заключавшагося въ необходимости выбирать между нею и признаніемъ совершенно произвольнаго характера права. Историческая школа указала на возможность иного рѣшенія вопроса, внѣ этой альтернативы. Право не есть исконное, неизмѣнное установленіе природы, но не представляется вмѣстѣ съ тѣмъ и произвольнымъ установленіемъ людей. Оно не можетъ быть измѣняемо по произволу. Право, по ученію исторической школы, есть закономѣрно

развивающійся и потому необходимый продуктъ общественной жизни. Оно создается не произволомъ отдѣльныхъ личностей, а необходимымъ ходомъ человѣческой исторіи. Не будучи ни естественнымъ, ни произвольнымъ, право есть историческая необходимость.

Впрочемъ, историческая школа выразила идею закономѣрнаго историческаго развитія права не въ такой общей формѣ. Она видѣла въ правѣ не продуктъ исторіи человѣчества, а только исторію каждаго народа въ отдѣльности. Право въ ея глазахъ является исключительно національнымъ, объясняется какъ произведеніе народнаго сознанія, народнаго духа, свойствами котораго какъ бы предопредѣляется все содержаніе каждой національной системы правъ. При этомъ, по ученію исторической школы, самъ народный духъ не представлялся постепенно образующимся, развивающимся, мѣняющимся. Напротивъ, предполагалось, что каждый народъ при своемъ появленіи на исторической аренѣ уже имѣетъ окончательно сложившійся народный духъ, implicite, заключающій въ себѣ все содержаніе исторической жизни народа. Вся исторія народнаго развитія понималась лишь какъ раскрытіе того, что уже изначала содержится въ народномъ духѣ (Volksgeist). Другими словами историческое развитіе историческая школа понимала какъ органическое развитіе, а не какъ прогрессивное развитіе, но какъ эволюцію. Она уподобляла развитіе права развитію организма изъ сѣмени. Развитіе права не представлялось ей поэтому созданіемъ чего либо новаго, а только воспроизведеніемъ того, что съ самаго начала дано было уже готовымъ въ народномъ духѣ. Поэтому въ ея ученіи оставалось совершенно невыясненнымъ, какимъ образомъ образуется самый народный духъ, опредѣляющій собою особенности каждой національной системы права, въ какомъ отношеніи національное находится къ общечеловѣческому. А между тѣмъ именно въ развитіи права замѣчается, несмотря на всю пестроту національныхъ системъ права, нѣчто общее. Послѣдовательное развитіе права у самыхъ различныхъ народовъ представляетъ въ цѣломъ извѣстное однообразіе.

Такая узкая формулировка идеи закономѣрнаго развитія права не могла такимъ образомъ дать полнаго объясненія права, что и содѣйствовало возрожденію теоріи естественнаго права въ обновленной формѣ. Гегель и его послѣдователи стали противополагать естественное право уже не произвольному (jus voluntarium), а историческому и національному. Естественное право съ этой точки зрѣнія является общей неизмѣнной основой закономѣрно развивающихся историческихъ системъ права. Нѣсколько видоизмѣняя эту постановку вопроса, органическая школа видитъ въ естественномъ правѣ общій же неизмѣнный идеалъ, постепенное осуществленіе котораго и составляетъ смыслъ историческаго развитія права. При этомъ и гегеліанцы и органическая школа

понимаютъ это не такъ, чтобы въ своемъ историческомъ развитіи право, въ силу опредѣляющихъ это развитіе общихъ условій, приходило неизбѣжно къ *выработкѣ* извѣстныхъ общихъ началъ, повторяющихся всегда и вездѣ, во всякой исторической системѣ права. Это было бы только послѣдовательнымъ выводомъ изъ идеи закономѣрнаго развитія права. Разъ законы развитія права неизмѣнны и для всѣхъ человѣческихъ обществъ одинаковы, результаты развитія должны представлять непремѣнно нѣчто общее между собой. Но новѣйшія теоріи естественнаго права отстаиваютъ его существованіе какъ общей основы историческаго развитія права или какъ идеальной его цѣли, раньше всякой исторіи. Онѣ не допускаютъ, чтобы это общее, составляющее содержаніе естественнаго права, было выработано исторіей такъ же, какъ и частное, разнообразное. Онѣ считаютъ его даннымъ помимо человѣческаго сознанія, воли дѣятельности, предсуществующимъ историческому развитію, обусловливающимъ своимъ бытіемъ возможность этого развитія. Слѣдовательно, эти теоріи не по имени только теоріи естественнаго права. Онѣ дѣйствительно отстаиваютъ существованіе въ правѣ естественнаго, внѣ-историческаго элемента, не возникшаго во времени и въ этомъ смыслѣ вѣчнаго. Появленіе этихъ теорій послѣ ученія исторической школы, какъ мы сказали уже, объясняется слишкомъ узкимъ пониманіемъ со стороны исторической школы идеи историческаго развитія, какъ органическаго развитія уже напередъ опредѣленнаго типа, а не развитія прогрессивнаго, творческаго, такъ что соотношеніе національныхъ особенностей отдѣльныхъ системъ права и общечеловѣческихъ началъ въ правѣ оставалось совершенно необъясненнымъ. Гегеліанцы и органическая школа думали объяснить это такъ, что историческія формы права суть только частныя проявленія единаго вѣчнаго начала права, и такимъ образомъ въ нѣсколько измѣненномъ видѣ выдвинули снова старую гипотезу естественнаго права. Не трудно, однако, показать, что идея закономѣрнаго развитія, будучи освобождена отъ присвоенной ей ученіемъ исторической школы слишкомъ узкой формы органическаго развитія, и выраженная въ болѣе общей формѣ прогрессивнаго развитія, эволюціи, вполнѣ объясняетъ существованіе въ правѣ не только элемента необходимости, но также и элемента общности.

Необходимая закономѣрность явленій приводитъ къ тому, что одинаковыя условія всегда порождаютъ и одинаковыя слѣдствія. Но какъ ни разнообразны въ частностяхъ условія существованія и развитія различныхъ человѣческихъ обществъ и въ разное время, въ общемъ они всетаки одинаковы. Всегда и вездѣ это суть условія жизни людей на земномъ шарѣ. Дѣятели и арена въ историческомъ развитіи человѣчества всегда одни и тѣ же; между людьми гораздо больше сходства, чѣмъ различія. Земная поверхность, при всемъ разнообразіи въ характерѣ отдѣль-

ныхъ ея частей, въ цѣломъ всетаки представляетъ одно цѣлое. Поэтому, гдѣ бы ни протекла человѣческая жизнь, она вездѣ представляетъ, за пестрымъ разнообразіемъ подробностей, однѣ и тѣ же общія основныя черты. Въ частности и человѣческое право неизбѣжно имѣетъ въ себѣ при всемъ разнообразіи его содержанія и общіе элементы. Но это не доказываетъ вовсе существованія гдѣ-то внѣисторическаго процесса неизмѣннаго общаго принципа, опредѣляющаго весь ходъ развитія права; общность есть только результатъ дѣйствія общихъ условій—не болѣе.

Мы не можемъ ограничиться этими общими замѣчаніями. Въ виду важности гипотезы естественнаго права и ея глубокаго вліянія на законодательство и науку права, необходимо подробнѣе остановиться на отдѣльныхъ стадіяхъ ея развитія.

§ 15. Естественное право римскихъ юристовъ.

Voigt. M. Die Lehre von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. 1856. B. I. S. 267—336. *Leist.* Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts 1877. *Богольповъ.* Значеніе общенароднаго гражданскаго права. 1876, стр. 26. *Муромцевъ.* Очерки общей теоріи гражданскаго права. 1877, стр. 241.

По ученію римскихъ юристовъ, естественное право составляетъ часть положительнаго. Они полагали, что положительное право каждаго народа слагается изъ двухъ существенно различныхъ элементовъ. Нѣкоторыя нормы установлены волею людей и могутъ быть ими измѣняемы по своему усмотрѣнію; другія представляются неизмѣнными, всегда и вездѣ необходимо существующими, такъ какъ обусловлены самой природой. Естественное право они отличали отъ положительнаго тѣмъ, что естественное право необходимо, неизмѣняемо, независимо отъ человѣческой воли. Но и естественное право они признавали дѣйствующимъ совмѣстно и одинаково съ положительнымъ правомъ. Поэтому и естественное право они относили къ сферѣ конкретныхъ явленій; его дѣйствію придавали такое же реальное значеніе, какъ и положительному.

Въ такой формѣ гипотеза естественнаго права легче всего поддается критической повѣркѣ: стоитъ только выяснить, дѣйствительно ли тѣ юридическія нормы, которыя признаются естественными, всегда и вездѣ составляютъ необходимую принадлежность каждаго положительнаго права? Если окажется, что всѣ эти, якобы естественныя, юридическія нормы зависятъ отъ условій времени и мѣста и не составляютъ необходимой принадлежности каждаго положительнаго права, гипотеза естественнаго права въ той формѣ, какъ она была выражена римскими юристами, должна считаться отвергнутой.

Въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ содержится множество указаній на юридическія нормы, не зависящія якобы отъ человѣческой воли, а

установленныя самой природой, причемъ основаніемъ этихъ нормъ признается то природа самого человѣка, то природа вещей, служащихъ объектомъ его правъ, то природа самихъ правоотношеній.

Такъ, основываясь на природѣ человѣка, они признавали необходимымъ признаніе недѣйствительными обязательствъ, принятыхъ на себя совершеннолѣтними, и установленіе надъ ними опеки.

Согласно природѣ своей, человѣкъ всегда одинаковъ, будетъ ли онъ рабомъ или свободнымъ, и потому законъ Помпея, установляющій наказаніе за убійство родственниковъ и патроновъ и по буквальному своему смыслу относящійся только къ свободнымъ, долженъ быть примѣняемъ и къ рабамъ (Венулей Сатурнинъ). По природѣ своей человѣкъ не можетъ быть относимъ къ числу плодовъ и потому, вопреки общему правилу, дитя рабыни, рожденное въ то время, когда мать его находилась въ чьемъ либо временномъ пользованіи (usus fructus), возвращается, вмѣстѣ съ матерью, ея хозяину, а не остается, какъ приплодъ животныхъ, у временнаго пользователя (узуфруктуарія). (Ulpianus: Vetus fuit quaestio an partus ad fructuarium pertinet, sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo loco non habere; neque enim in fructu hominis homo esse potest, hoc ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit). По природѣ человѣкъ можетъ учиться безгранично и потому, если въ завѣщаніи говорится о рабыняхъ, обученныхъ парикмахерскому искусству, то подъ этимъ слѣдуетъ разумѣть всѣхъ учившихся, хотя бы только два мѣсяца (Марціанъ. Ornatricibus legatis, Celsus scripsit eos quae duos tantum menses apud magistrum fuerint, legato non cedere; alii et has cedere; ne necesse sit, nulam cedere, quum omnes adhuc discere possint et omne artificium incrementum recipiat. Quod magis obtinere debet, quia humanae naturae congruum est).

Другую категорію естественныхъ юридическихъ нормъ римскіе юристы выводили изъ природы вещей. „Можетъ быть, кто-нибудь спроситъ,—говоритъ юристъ Павелъ,—почему подъ именемъ серебра разумѣютъ и выдѣланныя изъ него вещи, тогда какъ если будетъ отказанъ мраморъ, подъ этимъ именемъ нельзя разумѣть ничего иного, кромѣ сырого матеріала. Основаніемъ этого правила считается слѣдующее соображеніе: все то, что по природѣ своей можетъ быть многократно превращаемо въ прежнюю массу, побѣжденное такою властью вещества, никогда не избѣгаетъ ея дѣйствія. (Illud fortasse quaeriturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cujus haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant). Море, проточная вода и воздухъ по естественному праву находятся въ общемъ пользованіи (Марціанъ. Et quidem naturali jure

omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare). Гай считаетъ требованіями естественнаго разума, чтобы пограничная стѣна составляла общую собственность сосѣдей. Изъ природы вещей, которыя пользованіемъ истребляются, вытекаетъ, что онѣ не могутъ быть объектомъ временнаго пользованія, узуфрукта (Rebus exceptis his qui ipso usu consumuntur: nam cae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum).

Наконецъ и природа самихъ отношеній также служитъ источникомъ юридическихъ положеній. Сабиніанцы, исходя изъ понятія о правѣ собственности, какъ наиболѣе абсолютномъ правѣ, не уступающемъ потому никакимъ произвольнымъ его нарушеніямъ, признавали, что по естественному разуму въ случаѣ спецификаціи право собственности на вещь остается за собственникомъ матеріала. Противно природѣ, чтобы другой могъ владѣть тою самою вещью, которою я владѣю (Павелъ. Contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris... non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris). Напротивъ, согласно съ природой, чтобы отношенія прекращались тѣмъ способомъ, какъ установляются (Ульпіанъ. Nihil tam natural est, quam eo genere quidquam dissolvere quo colligatum est). Если обѣщанное по договору выполнить оказывается невозможнымъ, и самый договоръ, согласно естественному разуму, недѣйствителенъ (Si id quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem).

Приведенные нами примѣры представляются весьма разнородными. Во первыхъ, многіе изъ нихъ вовсе не имѣютъ никакого отношенія къ „природѣ", а представляютъ собою лишь выводы изъ исторически сложившихся выраженій и понятій. Такъ, объясненіе Павломъ различія выраженій „серебро" и „мраморъ" основано всецѣло на установившемся у римлянъ словоупотребленіи и выставленное имъ словотолкованіе у насъ, напримѣръ, не могло бы имѣть безусловно значенія, такъ какъ скульпторы называютъ мраморомъ не только глыбы мрамора, но и мраморныя изваянія, бронзой—и бронзовыя издѣлія, холстами—и написанныя на холстѣ картины. Такъ правило, что объектомъ узуфрукта или commodatum не могутъ быть потребляемы вещи, есть только необходимый логическій выводъ изъ исторически сложившихся въ Римѣ понятій о такого рода правахъ, понятій настолько условныхъ, что, напр., въ русскомъ языкѣ нѣтъ вовсе и соотвѣтствующихъ имъ выраженій [1]).

[1]) Commodatum обыкновенно переводятъ ссудой; но въ дѣйствительности даже на языкѣ нашего законодательства ссуда и заемъ обозначаютъ не различныя отношенія, а разныя стороны одного отношенія: одинъ занимаетъ, другой ему ссужаетъ.

Другую группу примѣровъ составляютъ тѣ, въ которыхъ естественнымъ называется просто выраженіе требованій нравственнаго чувства. Таково, напр., признаніе противнымъ природѣ человѣка отнесеніе его къ числу плодовъ. Но, конечно, если противно природѣ, чтобы человѣкъ считался плодомъ вещи, то точно такъ же противно природѣ считать человѣка вещью. И однако же въ самомъ же римскомъ правѣ рабы признавались вещами.

Наконецъ, въ третьихъ, въ числѣ приведенныхъ примѣровъ есть и дѣйствительно имѣющіе нѣкоторое отношеніе къ объективнымъ условіямъ природы, но всетаки не въ томъ смыслѣ, чтобы они представляли собою юридическія нормы, установляемыя природой. Сюда относятся прежде всего тѣ случаи, гдѣ естественноправовой нормой признается граница, полагаемая условіями физической возможности. Такъ, воздуха дѣйствительно невозможно захватить въ свое исключительное обладаніе; поэтому онъ и не можетъ быть объектомъ собственности. Но это только означаетъ, что наша дѣятельность ограничена законами природы, что физически невозможнаго мы не можемъ совершить, но такое ограниченіе естественными условіями не есть юридическая норма; имъ опредѣляется не юридическая обязанность, а только фактическая невозможность. Затѣмъ сюда же относятся и тѣ болѣе многочисленные примѣры, въ которыхъ естественными правовыми нормами признаются нормы, установленныя волею людей, но только *по поводу* или *въ связи* съ тѣми или другими естественными различіями людей и вещей. Эту именно категорію юридическихъ нормъ чаще всего и принимаютъ за нормы естественнаго права. Но въ дѣйствительности естественны тутъ только тѣ различія въ свойствахъ людей и вещей, которыми обусловливается различіе людскихъ интересовъ и потребность въ особыхъ пріемахъ ихъ разграниченія. Самыя же нормы такого разграниченія установляются не природой, а людьми и потому существуютъ не вездѣ и не всегда.

Таково, напримѣръ, юридическое различіе людей—по возрасту. Различія, имѣющіяся тутъ въ виду, конечно, естественны и существуютъ независимо отъ воли законодателя. Но усвоеніе этимъ различіямъ юридическаго значенія не есть повсемѣстный, общій, естественно необходимый, а, напротивъ, исторически слагающійся фактъ, который въ одномъ мѣстѣ, въ одну эпоху существуетъ, въ другія—нѣтъ. Такъ, напримѣръ, дѣти моложе 10-ти лѣтъ, очевидно, во Франціи, такъ же, какъ въ Россіи, не могутъ, по недостаточному своему развитію, подвергаться уголовной отвѣтственности, между тѣмъ въ Россіи существуетъ законъ, согласно которому противъ дѣтей, не достигшихъ десяти лѣтъ, не можетъ быть вчиняемо уголовное преслѣдованіе, во Франціи же такого закона нѣтъ и потому тамъ возможны и даже дѣйствительно бывали такіе примѣры, что вчинялось уголовное преслѣдованіе противъ дѣтей 3—5 лѣтъ. Это

показываетъ, что различіе по возрасту есть дѣйствительно различіе естественное, но что само по себѣ юридическаго значенія оно не имѣетъ. Юридическое значеніе оно получаетъ лишь въ силу постановленія закона, которое можетъ существовать, можетъ и не существовать.

То же самое должно сказать и относительно юридическаго различія движимостей и недвижимостей. Какъ естественный фактъ, это различіе вещей существуетъ вездѣ и всегда, но присвоеніе ему юридическаго значенія зависитъ отъ измѣнчивыхъ историческихъ условій. Въ современномъ и особенно въ средневѣковомъ правѣ это различіе имѣетъ весьма важное юридическое значеніе, обусловливая собою различіе въ способахъ пріобрѣтенія и защиты, въ порядкѣ наслѣдованія и т. п. Но, напр., въ старомъ римскомъ правѣ оно почти вовсе не имѣло значенія. Въ различеніи res mancipi и nec mancipi различіе движимости и недвижимости не принималось въ соображеніе.

Такимъ образомъ во всѣхъ этихъ примѣрахъ нельзя усмотрѣть какихъ-то необходимыхъ естественныхъ нормъ. Всѣ они одинаково представляютъ собою измѣнчивыя, исторически вырабатывающіяся нормы положительнаго права.

§ 16. Новыя теоріи естественнаго права.

Lasson, System der Rechtsphilosophie. 1882. s. und ff. *Stahl,* Die Philosophie des Rechts, 4 Aufl. 1870. B.

Возникшая въ XVII вѣкѣ школа естественнаго права видѣла въ немъ не составную часть права положительнаго, а на ряду съ положительнымъ и независимо отъ него существующее безусловное, неизмѣняющееся право. Оцѣнка такого взгляда не можетъ быть произведена тѣмъ же пріемомъ, какой мы примѣнили къ опроверженію римскаго ученія объ естественномъ правѣ. Разъ естественное право противополагается положительному, не представляется необходимымъ, чтобы въ положительномъ нашлось что нибудь естественное. Безусловное отсутствіе въ положительномъ правѣ абсолютныхъ, неизмѣнныхъ началъ не можетъ быть поэтому приводимо какъ аргументъ противъ истинности этого новаго ученія объ естественномъ правѣ. Пусть право положительное разнообразно и измѣнчиво: надъ нимъ стоитъ вѣчное право природы.

Нельзя также въ опроверженіе этой теоріи ссылаться на безконечныя разногласія о томъ, въ чемъ заключаются основныя начала естественнаго права. Нельзя утверждать, что при дѣйствительномъ существованіи естественнаго права не могло бы быть сомнѣнія относительно его верховнаго принципа. Движеніе небесныхъ тѣлъ опредѣляется неизмѣннымъ закономъ; а сколько было разногласій по этому вопросу, покуда человѣчеству не удалось понять этотъ законъ?

Опроверженіе ученій школы естественнаго права должно быть построено иначе, опираться на иныя основанія. Ученіе объ естественномъ правѣ есть во всякомъ случаѣ гипотеза и притомъ гипотеза, исходящая изъ предположенія о существованіи такого дѣятеля, бытіе котораго эмпирически доказано быть не можетъ. Такія гипотезы существуютъ и въ наукахъ естествовѣдѣнія; такова, напримѣръ, гипотеза эѳира. Но и гипотезы этого рода, хотя и не допускаютъ прямой опытной повѣрки, не должны, однако, противорѣчить даннымъ опыта, не должны приводить къ выводамъ, не согласимымъ съ данными непосредственнаго наблюденія. Только подъ этимъ условіемъ такая гипотеза можетъ быть принята, какъ научная гипотеза. Поэтому, если окажется, что новое ученіе объ естественномъ правѣ приводитъ неизбѣжно къ отрицанію положительнаго права, существованіе котораго есть фактъ несомнѣнный, то ученіе это должно быть признано несостоятельной гипотезой. Не трудно показать, что къ такому выводу и дѣйствительно приводитъ ученіе объ естественномъ правѣ, какъ объ особой системѣ абсолютныхъ нормъ.

Теоріи XVII и XVIII вѣковъ видятъ въ естественномъ правѣ цѣлостную, полную систему юридическихъ нормъ. На основаніи началъ естественнаго права могутъ быть регулированы всѣ разнообразныя отношенія людей безъ исключеній. Какъ же, въ такомъ случаѣ, на ряду съ естественнымъ правомъ существуетъ еще и положительное право? Какъ могло оно возникнуть, когда уже искони существовала все исчерпывающая система естественноправовыхъ нормъ? Естественное право представляетъ согласныя съ природой требованія разума, оно содержитъ въ себѣ абсолютныя неизмѣнныя начала справедливости. Всякое постановленіе положительнаго права, не согласное съ естественнымъ правомъ, поэтому необходимо противорѣчитъ вѣчнымъ, безусловнымъ началамъ права и справедливости. Почему же эти противорѣчащія праву и справедливости постановленія положительныхъ законовъ мы всетаки называемъ правомъ? Если въ естественномъ правѣ мы имѣемъ абсолютное мѣрило для различенія права и неправа, какъ можно и всѣ разнообразныя постановленія положительнаго права подводить подъ понятія права?

Первые учителя естественнаго права стараются, правда, примирить фактъ существованія положительнаго права съ предположеніемъ о существованіи естественнаго права, но достигаютъ этого лишь цѣною самопротиворѣчій. По ученію Гуго Гроція и представителей раціоналистическаго направленія въ школѣ естественнаго права (Пуффендорфъ, Томазій, Лейбницъ, Вольфъ), естественное право врождено человѣку и само положительное право основывается на естественномъ правѣ. Однимъ изъ велѣній естественнаго права они признаютъ обязанность соблюдать заключенные договоры. И вотъ, если люди договорятся установить для упорядоченія общественной жизни правительственную власть и предо-

ставить ей право издавать законы, законы эти получаютъ для всѣхъ обязательную силу. Но могутъ ли эти договоры и законы противорѣчить велѣніямъ естественнаго права или, напротивъ, имѣютъ силу лишь по стольку, по скольку согласны съ началомъ естественнаго права? Если признать, что положительное право имѣетъ обязательную силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія праву естественному, тогда останется необъяснимымъ несомнѣнный фактъ существованія самыхъ рѣзкихъ различій въ содержаніи постановленій положительнаго права. Изъ нѣсколькихъ противорѣчивыхъ постановленій положительнаго права только одно какое-нибудь можетъ быть согласно съ правомъ естественнымъ: всѣ другія непремѣнно противорѣчатъ ему. Если же допустить, что основанныя на договорѣ постановленія положительнаго права имѣютъ безусловную обязательность независимо отъ ихъ содержанія, хотя бы и противорѣчащаго началамъ естественнаго права, то это несогласимо съ безусловной обязательностью естественнаго права. Естественное право вѣчно и неизмѣнно, его не могутъ измѣнить не только люди, но, по увѣренію Гуго Гроція, и самъ Богъ. Какъ же согласить съ этимъ, что посредствомъ соглашенія люди могутъ замѣнить велѣнія естественнаго права другими, хотя бы прямо имъ противоположными. Гораздо логичнѣе разсуждаетъ Руссо, который изъ врожденности и безусловности естественнаго права выводитъ и неотчуждаемость естественныхъ правъ свободы. Но за то Руссо приходитъ въ сущности къ отрицанію обязательной силы положительнаго права, т. е. къ отрицанію несомнѣннаго факта ради дорогой ему гипотезы.

Представители эмпирическаго направленія (Гоббезъ, Локкъ, Юмъ) иначе стараются объяснить дѣло. Они не признаютъ врожденности естественнаго права. Существуетъ естественное право, но нѣтъ врожденнаго права. Естественному праву мы должны научиться изъ опыта. Несовершенство человѣческаго знанія и обусловливаетъ разнообразіе и измѣнчивость существующихъ системъ положительнаго права. Разъ будетъ достигнуто полное знаніе естественнаго права, оно одно и станетъ опредѣлять взаимныя отношенія людей. Но если одно только естественное право согласно съ природой, значитъ положительное противно природѣ? Какъ же оно можетъ существовать? Развѣ противное природѣ возможно? Представителямъ эмпирическаго направленія тѣмъ невозможнѣе утверждать что либо подобное, что они не признаютъ дуализма, не противополагаютъ духа матеріи, подчиняютъ и духовныя явленія закону причинной связи. Если же и душевная наша жизнь подчинена закону причинной связи, и въ ней не можетъ быть ничего противоестественнаго, не можетъ возникнуть и такихъ юридическихъ нормъ, которыя бы были несогласны съ природой. Слѣдовательно и измѣнчивыя нормы положительнаго права согласны съ природой и въ этомъ смыслѣ есте-

ственны и нельзя имъ противополагать пресловутаго „естественнаго“ права, какъ бы единственнаго согласнаго съ природой.

Въ XIX вѣкѣ на смѣну ученія школы естественнаго права является пониманіе естественнаго права, какъ вѣчной идеи, проявляющейся въ историческомъ развитіи положительнаго права. Таковъ взглядъ Гегеля и его школы. Но такое измѣненіе въ пониманіи естественнаго права въ существѣ дѣла равносильно его отрицанію. Дѣйствительно, идея, служащая основаніемъ историческаго развитія, не можетъ быть правомъ практически примѣнимымъ, могущимъ регулировать человѣческія отношенія. Такая идея опредѣляетъ *развитіе права*, а не *права людей*. Такое пониманіе естественнаго права не ведетъ къ признанію существованія рядомъ двухъ правъ: положительнаго и естественнаго. Гегель признаетъ только одно положительное право, но въ немъ видитъ проявленіе абсолютной идеи права. Извѣчное предсуществованіе историческому развитію права абсолютной его идеи не можетъ быть соглашено съ историческими фактами. Если бы было такое общее исконное основаніе всего развитія права, въ правѣ должно бы было замѣчаться общее сходное на всѣхъ стадіяхъ историческаго развитія. Между тѣмъ, какъ въ дѣйствительности сходство и общность могутъ быть замѣчены только при сравненіи соотвѣтствующихъ стадій развитія. Это доказываетъ, что общее въ правѣ не предшествуетъ его историческому развитію, а есть само продуктъ исторіи.

§ 17. Общая критика идей естественнаго права.

Мы разсмотрѣли главнѣйшія формы, какія въ послѣдовательномъ своемъ развитіи принимала гипотеза естественнаго права, и подвергли каждую изъ нихъ соотвѣтствующей критикѣ. Но естественное право не есть предметъ только научныхъ гипотезъ. Это не книжная теорія, чуждая дѣйствительной практической жизни. Напротивъ, идея естественнаго права играла и въ практической жизни едва ли еще не большую роль, чѣмъ въ научной теоріи права. Для многихъ идея естественнаго права не есть только предположеніе, а составляетъ ихъ твердую вѣру. Существованіе естественнаго права кажется имъ аксіомой само по себѣ очевидной и необходимой. Какъ же объяснить происхожденіе этой идеи естественнаго права и такой ея авторитетъ?

Возникновеніе идеи естественнаго права объясняется тѣмъ, что наши понятія образуются не только путемъ обобщенія получаемыхъ изъ опыта представленій, но также и посредствомъ простого противоположенія тому, что намъ даетъ опытъ. Предметомъ опыта можетъ быть только условное, ограниченное, временное и, во всякомъ случаѣ, только существующее, но посредствомъ простого противоположенія тому, что мы въ дѣйстви-

тельности наблюдаемъ, у насъ образуются понятія безусловнаго, безграничнаго, вѣчнаго и даже понятіе небытія. Точно также, наблюдая въ дѣйствительности только измѣнчивое, разнообразное, условное право, мы, путемъ подобной антитезы, образуемъ понятіе неизмѣннаго, единаго, абсолютнаго права—права естественнаго.

Такимъ образомъ объясняется возникновеніе самаго понятія объ естественномъ правѣ. Но откуда же берется увѣренность въ дѣйствительномъ существованіи соотвѣтствующаго этому понятію права?

Причина этой увѣренности въ одномъ изъ свойственныхъ человѣческому уму апріорныхъ заблужденій[1]). „Человѣчество,—говоритъ Миллъ,—во всѣ вѣка было весьма склонно заключать, что гдѣ есть названіе, тамъ должно существовать и соотвѣтствующее ему отличимое отдѣльное бытіе. И о всякой сложной идеѣ, которую умъ составилъ для себя, дѣйствуя на свои представленія объ единичныхъ вещахъ, думали, что ей соотвѣтствуетъ какая-либо внѣшняя обманчивая реальность". Эта наклонность всѣмъ имѣющимся у насъ понятіямъ приписывать реальность встрѣчается не только въ обыденныхъ сужденіяхъ людей, но послужила основой цѣлыхъ философскихъ системъ. Это заблужденіе лежало въ основѣ платоновскаго ученія объ идеяхъ средневѣковаго реализма, ведущаго свое начало отъ Скота Еригены, и всего до-кантовскаго или такъ называемаго догматическаго раціонализма. А время господства догматическаго раціонализма и было какъ разъ временемъ наибольшаго процвѣтанія гипотезы естественнаго права.

Итакъ, понятіе объ естественномъ правѣ слагается посредствомъ простого противоположенія наблюдаемому нами въ дѣйствительности измѣнчивому праву, а присущая нашему уму наклонность всѣмъ нашимъ понятіямъ приписывать внѣшнюю реальность приводитъ къ заблужденію, будто бы такое естественное право и дѣйствительно существуетъ. Остается объяснить, какимъ образомъ тѣ или другія, въ дѣйствительности измѣнчивыя, начала положительнаго права могли быть приняты за неизмѣнныя начала естественнаго права? Тутъ объясненіе опять кроется въ апріорныхъ заблужденіяхъ нашего ума, но нѣсколько иного рода.

Люди вообще склонны привычное и простое считать необходимымъ и естественнымъ.

Чаще всего необходимымъ кажется намъ просто привычное. Такъ, Лактанцій опровергалъ ученіе о шарообразности земли невозможностью, якобы, представить себѣ антиподовъ, у которыхъ ноги, по его выраженію, должны бы быть выше головы. Теперь, однако, никто не затруднится представить себѣ антиподовъ. Причина затрудненія въ томъ для

---

[1]) *Миллъ*, Система логики, II, стр. 283—313. Книга V, гл. III: „Заблужденія съ перваго взгляда или заблужденія апріорическія

Лактанція была, очевидно, единственно непривычка. Аристотель считалъ движеніе внизъ, какъ болѣе привычное, естественнымъ, движеніе вверхъ [1])—насильственнымъ и потому полагалъ, что первое совершается всегда съ наростающею скоростью, второе—съ убывающею. Современная механика не присвоиваетъ, однако, какой-либо особой естественности ни тому, ни другому. Съ неменьшимъ удивленіемъ читаемъ мы теперь въ Пандектахъ завѣренія римскихъ юристовъ, что прелюбодѣяніе постыдно отъ природы, а нарушеніе опекунскихъ обязанностей только въ силу обычая (Ульпіанъ), что яды, не употребляемые для лекарственныхъ цѣлей, не могутъ быть по природѣ своей объектомъ купли-продажи (Гай).

Но одною привычностью нельзя объяснить всѣхъ случаевъ признанія какого либо юридическаго правила естественнымъ уже потому, что нерѣдко естественными признаются и такія начала, которыя отнюдь не могутъ быть признаны наиболѣе распространенными въ положительномъ правѣ, имѣющими въ немъ общее значеніе. Такъ, римскіе юристы признавали естественнымъ, чтобы юридическое отношеніе прекращалось тѣмъ же путемъ, какъ и установляется, хотя требованіе такого соотвѣтствія формъ установленія и прекращенія вовсе не имѣло въ римскомъ правѣ значенія общаго правила. Такъ и теперь равенство признается обыкновенно требованіемъ естественной справедливости, хотя только въ современномъ быту оно начинаетъ понемногу вытѣснять царившее прежде неравенство. Такъ, многіе представители школы естественнаго права считали основой этого права неограниченную свободу, хотя она нигдѣ не находила себѣ дѣйствительнаго осуществленія.

Чтобы объяснить происхожденіе такого рода убѣжденій, слѣдуетъ обратить вниманіе на присущую намъ наклонность предпочитать во всемъ простое сложному. Что въ силу своей простоты легче усвоивается нашимъ умомъ, то мы и склонны считать болѣе правильнымъ, болѣе истиннымъ или даже имѣющимъ особое, высшее значеніе. Такъ, долгое время признавалось безспорнымъ, что орбиты небесныхъ тѣлъ должны быть кругами, такъ какъ кругъ наисовершеннѣйшая линія. Такъ, долгое время считалось аксіомой, что природа дѣйствуетъ всегда самыми простыми средствами. Совершенно такъ же должно объяснять обычное признаніе наиболѣе простыхъ юридическихъ формъ и принциповъ естественными.

Всѣ приведенныя нами объясненія возникновенія вѣры въ естественность тѣхъ или другихъ юридическихъ принциповъ, при кажущемся ихъ разнообразіи, имѣютъ одно общее основаніе, сводятся къ одному общему объясненію, къ такъ называемымъ апріорнымъ заблужденіямъ.

[1]) Для твердыхъ и жидкихъ тѣлъ, а для огня и воздуха естественнымъ считалось движеніе вверхъ.

Другими словами: вѣра въ естественное право обязана своимъ происхожденіемъ логическому заблужденію, заключающемуся въ безосновательномъ принятіи за очевидное и необходимое положенія, вовсе не представляющагося такимъ въ дѣйствительности.

Но что же могло придать этому заблужденію такое значеніе въ исторіи человѣчества? Въ силу чего это заблужденіе могло явиться факторомъ прогресса? Чтобы понять это, надо вспомнить, что идея прогресса— идея совершенно новая, зародившаяся не ранѣе прошлаго столѣтія. До того времени золотой вѣкъ представлялся не впереди, а позади насъ, и всякое измѣненіе существующаго представлялось только еще большимъ удаленіемъ отъ счастливаго прошлаго, всякое измѣненіе считалось ухудшеніемъ, зломъ. Все, что можетъ сдѣлать мудрый государственный дѣятель, это удержать общество въ его statu quo. Ни о какомъ улучшеніи не могло быть и рѣчи. Золотой вѣкъ прошелъ безвозвратно. Наша задача лишь въ томъ, чтобы по возможности не удаляться отъ него еще болѣе. При господствѣ такого міросозерцанія новыя идеи, новые принципы не могли найти себѣ успѣха, не могли разсчитывать на признаніе ихъ достоинства. Новое уже въ силу своей новизны казалось опаснымъ. Чтобы завоевать себѣ признаніе, новому надо было являться не иначе, какъ подъ обликомъ старины. Но что же можетъ быть старѣе старыхъ, исконныхъ обычаевъ? Конечно, одна только природа, существовавшая и тогда, когда самые старые обычаи только что нарождались.

Естественное право—самое старое, самое исконное. Оно явилось вмѣстѣ съ первымъ человѣкомъ, оно предшествовало всякому другому праву. И вотъ стоило любую новую идею выдать за принципъ естественнаго права, она получила въ силу этого весь авторитетъ старѣйшинства даже въ сравненіи съ самымъ архаическимъ правомъ. Такъ, римскіе юристы проводили въ жизнь нравственное ученіе стариковъ, выдавая его за естественное право, которому людей научила сама природа. Такъ, въ XVII вѣкѣ, новыя свободныя начала противопоставлены изжившему свое содержаніе средневѣковому праву, какъ извѣчныя начала естественнаго права.

ГЛАВА IV.

Происхожденіе права.

§ 18. Теоріи произвольнаго установленія права.

Муромцевъ: Образованіе права по ученіямъ нѣмецкой юриспруденціи. М. 1886 г.

Если гипотеза естественнаго права должна быть отринута и все право должно быть признано всецѣло продуктомъ историческаго раз-

витія, то особенное значеніе получаетъ вопросъ о происхожденіи права. Разъ признается существованіе естественнаго права, идея права считается врожденной людямъ. Поэтому въ установленіи измѣнчивыхъ постановленій положительнаго права люди, при такомъ взглядѣ на дѣло, отправляются отъ даннаго имъ готовымъ уже понятія права и притомъ находятъ его также готовымъ и въ сознаніи другихъ людей. Отвергая же существованіе естественнаго права, мы должны принять существованіе такого времени, когда и въ сознаніи людей не было понятія о правѣ. Какъ же могло оно возникнуть, какъ образовалась эта несуществовавшая прежде идея права?

Разрѣшеніе этого вопроса представляется довольно труднымъ; въ юридической литературѣ до сихъ поръ нѣтъ установившагося объясненія первоначальнаго возникновенія права.

До появленія исторической школы возникновеніе права объясняли обыкновенно произвольнымъ людскимъ установленіемъ. На право смотрѣли, какъ на нѣчто сознательно придуманное людьми для своего удобства. На первый взглядъ такое объясненіе можетъ, пожалуй, оказаться всего проще разрѣшающимъ вопросъ. Но при болѣе внимательномъ отношеніи къ дѣлу не трудно замѣтить полную несостоятельность такого объясненія.

Оно можетъ принимать и дѣйствительно принимало двѣ различныя формы. Происхожденіе права объясняютъ или велѣніемъ авторитета, правительства, или договоромъ.

Объясненіе происхожденія правъ велѣніемъ правительства находитъ себѣ основаніе въ томъ, что главной формой права въ современномъ быту являются законы, установляемые государственною властью. Отсюда заключаютъ, что такъ было и всегда, что первое возникновеніе права совершилось въ силу велѣнія власти. Къ этому присоединяются и психологическія соображенія. Указываютъ, что сила, власть внушаетъ людямъ какое-то безотчетное уваженіе, и они всегда склонны придавать высшую обязательность тому, что повелѣвается властью. Въ этомъ, конечно, есть доля истины. Уваженіе къ власти, ея обаяніе несомнѣнно играютъ значительную роль въ образованіи права. Но однимъ велѣніемъ нельзя объяснить первичнаго возникновенія права. Уваженіе къ авторитету побуждаетъ людей къ повиновенію. Но повиновеніе не то же, что право. Повиновеніе можетъ принимать весьма различныя формы, и то повиновеніе, которое обусловливается чувствомъ права, само уже предполагаетъ необходимо признаніе за самимъ повелѣвающимъ права установлять юридическія нормы. Иначе это будетъ повиновеніе, не имѣющее юридическаго характера, каково, напр., повиновеніе изъ страха, или безотчетное, инстинктивное повиновеніе. Кромѣ того, право первоначально мыслится, какъ нѣчто необходимое, независящее отъ воли

человѣка. Праву приписывается божественное установленіе, или вообще сверхъестественное происхожденіе. Поэтому содержаніе правовыхъ нормъ не могло зависѣть отъ людского произвола. Люди должны были находить его готовымъ, сложившимся помимо ихъ воли и сознанія. Откуда же бралось это содержаніе? Очевидно, что теорія, объясняющая происхожденіе права велѣніемъ авторитета, не можетъ дать на это отвѣта. Авторитетъ этотъ былъ обыкновенно мнимый, существовавшій только въ воображеніи людей и потому не могущій быть дѣйствительнымъ источникомъ содержанія юридическихъ нормъ. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда повелѣвающимъ авторитетомъ являлись люди, возникаетъ новый вопросъ: какимъ образомъ другіе приходятъ къ признанію за этими личностями права установлять обязательныя для всего общества нормы. Слѣдовательно, такому установленію опять-таки предшествуетъ уже признаніе за авторитетомъ извѣстнаго права. И мало того, никогда, даже въ деспотическомъ государствѣ мы не встрѣтимъ возведенія произвола въ принципъ. И деспотъ всегда предполагается дѣйствующимъ согласно съ требованіями справедливости, и дѣйствія деспота могутъ быть признаны несправедливыми. А если такъ, то основаніе различія праваго и неправаго не есть уже одна только воля деспота.

Другіе сторонники первоначальнаго сознательнаго установленія права объясняютъ дѣло договоромъ. Утверждаютъ именно, что право первоначально было установлено взаимнымъ соглашеніемъ всѣхъ членовъ общества. Тутъ опять мы видимъ заключеніе отъ современнаго положенія вещей къ условіямъ первичнаго установленія права. Въ современномъ обществѣ договоромъ дѣйствительно очень часто установляются нормы для регулированія взаимныхъ отношеній. Но возможность такого установленія юридическихъ нормъ предполагаетъ уже признаніе обязательности договоровъ. Между тѣмъ это вовсе не есть аксіома, само собой подразумѣваемая. Обязательная сила договоровъ есть, напротивъ, исторически выработавшійся юридическій принципъ, далеко не всегда признававшійся какъ общее правило. Въ современномъ правѣ обязательность договоровъ признается общимъ образомъ. Но и то не безъ исключеній. Договоръ, касающійся ничтожныхъ интересовъ, и договоры безнравственные не имѣютъ силы. А прежде, хотя бы въ древнемъ римскомъ правѣ, соглашеніе само по себѣ (nudum pactum) вовсе не имѣло силы. Тогда обязывалъ не договоръ, а лишь присвоиваемая ему особая форма. Безъ нея договоръ не имѣлъ никакой силы. Такимъ образомъ обязательность договоровъ есть исторически выработавшееся начало. Поэтому объяснять первоначальное возникновеніе права договоромъ значитъ впадать въ безысходный кругъ. Юридическія нормы установляются договоромъ: а обязательность договора есть также исторически образовавшаяся юридическая норма. Значитъ, и она основана на договорѣ?

Утвердительный отвѣтъ приводилъ бы къ нелѣпости, а отрицательный разрушаетъ возможность объясненія происхожденія правъ договоромъ, такъ какъ оказывается одна, и притомъ получающая значеніе основной, юридическая норма, не вытекающая изъ договора.

Договорное происхожденіе права такъ же невозможно, какъ и договорное происхожденіе языка. Когда уже существуетъ языкъ, можно по соглашенію вводить новыя слова въ употребленіе; такъ вводятся, напримѣръ, новые научные термины. Но невозможно самое возникновеніе языка объяснить этимъ путемъ, потому что когда нѣтъ языка, нельзя сговориться. Такъ и договорное установленіе правовыхъ нормъ уже предполагаетъ существованіе права, какъ необходимой почвы, на которой только и могутъ явиться такіе договоры.

§ 19. *Ученіе исторической школы.*

Laboulaye. Essai sur la vie et les doctrines de F. C. de Savigny, 1842. *Lentz.* Ueber geschichtliche Entstehung des Rechts, 1854.

Болѣе обстоятельной и подробной разработкѣ вопросъ о происхожденіи права былъ подвергнутъ впервые исторической школой. До нея заботились не столько о томъ, чтобы разъяснить, какъ происходитъ право, сколько о томъ, чтобы развить національныя основы права. Въ развитіи основъ права заключалась главная задача. Совершенно иначе ставился вопросъ о происхожденіи права для исторической школы. Историческая школа на первомъ планѣ ставила положительное право, признавала, что теорію права нельзя выводить изъ человѣческаго разума, и предлагала обратиться къ изученію исторической дѣятельности. Поэтому она должна была прежде всего поставить вопросъ не о томъ, *чѣмъ* должно быть право, а о томъ, *какъ* оно возникаетъ.

И дѣйствительно, уже основатель исторической школы, Густавъ Гуго (1768—1844), задается этимъ вопросомъ. Вся его „Философія положительнаго права“ (Hugo. Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, 3 Ausg. 1809) дѣлится на двѣ части: въ первой— разсматриваетъ онъ человѣка, какъ животное, какъ разумное существо и какъ члена государства, а во второй—даетъ изложеніе общихъ началъ частнаго и публичнаго права. Вторая часть начинается съ разсмотрѣнія вопроса о томъ, какъ образуется право. Онъ оспариваетъ при этомъ общепринятое тогда положеніе, что законъ есть единственный источникъ права. Этотъ § 130 представляетъ зародышъ всего ученія исторической школы, хотя онъ изложенъ очень коротко. Гуго указываетъ, что развитіе права совершается и помимо законодательной власти, что во всѣхъ государствахъ, въ особенности въ Римѣ и Англіи, мы находимъ слѣды

права, развивающагося независимо отъ законодательной власти,—таково обычное право, право преторское. Подробнѣе эту мысль Гуго развилъ въ рецензіи на книгу Шлоссера, помѣщенной въ Göttinger gelehrte Anzeigen за 1789 г. и въ особой статьѣ подъ заглавіемъ: „Суть ли законы единственные источники юридическихъ истинъ?“, помѣщенной въ Civilistisches Magazin за 1814 г. Положительное право народа, говоритъ Гуго, есть часть его языка. Это можно сказать о всякой наукѣ: une science n'est qu'un language bien fait. Даже математика не представляетъ въ этомъ отношеніи исключенія, такъ какъ, конечно, не а priori называемъ мы углами все то, что подходитъ подъ это названіе, не а priori наше счисленіе основано на десятичной системѣ, окружность дѣлится на 360° и т. д. Но еще болѣе это справедливо въ такихъ наукахъ, гдѣ названія мѣняютъ свое значеніе, слѣдовательно, во всемъ, относящемся къ правамъ, во всемъ положительномъ, а слѣдовательно, и въ правѣ. Римскій контрактъ, напр., означалъ совсѣмъ не то, что теперешній.

Какъ образуется языкъ? Прежде думали, Богъ самъ изобрѣлъ его и научилъ ему людей. Это было бы установленіе языка посредствомъ закона. Другіе, напротивъ, считали языкъ возникшимъ въ силу взаимнаго соглашенія людей о томъ, что какъ должно называться. Въ такія объясненія теперь уже не вѣрятъ. Всякій знаетъ, что языкъ образуется самъ собой и что на развитіе его имѣетъ наибольшее вліяніе примѣръ тѣхъ, кто считается хорошо говорящимъ. То же самое должно сказать и относительно нравовъ. Никакой правитель и никакое собраніе людей не постановляли никогда, чтобы выраженіемъ уваженія считать снятіе шляпы, какъ это дѣлается въ Европѣ, или, напротивъ, покрытіе головы чѣмъ либо, какъ въ Азіи.

Наконецъ, то же самое примѣняется и къ праву. И право, подобно языку и нравамъ, развивается само собой; безъ соглашеній или предписаній, просто въ силу того, что такъ складываются обстоятельства, что другіе дѣлаютъ такъ, что къ установившимся уже этимъ путемъ правиламъ болѣе подходитъ это, данное, а не какое-либо другое.

Такимъ образомъ можетъ сложиться положительное право, безъ всякихъ законовъ. Но когда правительство находитъ нужнымъ установить на будущее время какое-либо новое правило, то оно, конечно, принадлежитъ къ положительному праву, и это правило принимается въ соображеніе, какъ и всякое частное распоряженіе правительства. Но это еще не значитъ, что предписанное всегда на дѣлѣ соблюдалось. Тѣ улицы въ Геттингенѣ, которымъ начальство на памяти Гуго хотѣло дать новое названіе, несмотря на такое распоряженіе, всетаки всѣми называются по-старому. Множество законовъ и соглашеній никогда не выполняются. Никто и не воображаетъ, чтобы все дѣлалось именно такъ, какъ о томъ написано въ законахъ. Сами законодатели не вѣрятъ въ полное осуще-

ствленіе своихъ предписаній. Отступленія отъ предписаній закона совершаются не только безчестными, но и вполнѣ честными людьми. Что это такъ, никто не станетъ отрицать, но, быть можетъ, многіе найдутъ такое положеніе вещей весьма плохимъ. Однако, нельзя упускать изъ вниманія, что такъ было вездѣ и всегда, и это не можетъ не имѣть значенія. Къ тому же такой порядокъ вполнѣ соотвѣтствуетъ и самой цѣли положительнаго права, заключающейся прежде всего въ опредѣленности, въ надежности даннаго правила, какъ бы оно ни возникло и даже каково бы ни было его содержаніе. А что больше содѣйствуетъ опредѣленности и извѣстности: писанный законъ, который большинство никогда не видало, или установившійся постоянный порядокъ, съ которымъ всѣ компетентныя лица согласны? Положимъ, что данной группѣ лицъ извѣстно много примѣровъ духовныхъ завѣщаній, составленныхъ при участіи шести свидѣтелей и признанныхъ дѣйствительными. Основываясь на этомъ, нѣкто составляетъ духовное завѣщаніе также при участіи шести только свидѣтелей. Но затѣмъ находятъ законъ, требующій непремѣнно семи свидѣтелей. Чему же отдать предпочтеніе: закону ли, никому не извѣстному, или всѣмъ извѣстному обычаю? Съ другой стороны, хотя правительство и есть представитель всего народа, но и самъ народъ непосредственно можетъ кое-что сдѣлать для себя. И все вѣроятіе за то, что сами собой установившіяся правила лучше соотвѣтствуютъ данному положенію народа, нежели то, что можетъ придумать для него правительство.

Образованіе права лучше всего можетъ быть пояснено сравненіемъ съ играми. Всякая игра (шахматная, билліардная, карточная) есть борьба по опредѣленнымъ правиламъ, *законамъ*. Но только по формѣ своей эти правила очень рѣдко бываютъ законами и произвольными соглашеніями. При каждой игрѣ предварительно уговариваются о подробностяхъ: по чемъ играютъ, какъ считаютъ онеры и т. п. Но во всякой игрѣ есть и свои, независящія отъ соглашенія, правила. Какъ же они образуются? Есть немногія игры, напр., бостонъ, которыя, очевидно, были сочинены сразу, однимъ изобрѣтателемъ. Но эти игры во многомъ уступаютъ большинству другихъ игръ (напр. висту), правила которыхъ складывались мало-по-малу, путемъ постепеннаго разрѣшенія въ частныхъ случаяхъ сомнительныхъ вопросовъ. Сотни такихъ рѣшеній привели къ установленію незыблемыхъ правилъ игры, которыя сложились, такимъ образомъ, сами собой, не имѣя своего источника ни въ чьемъ либо повелѣніи, ни въ соглашеніи (Ciwilistisches Magasin von Professor Ritter Hugo in-Cöntingen, B. IV. Berlin 1811, §§ 117—134).

У Гуго мы находимъ уже намѣченными всѣ характерныя черты ученія исторической школы. Въ особенности слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что уже у него выставляется сравненіе права съ языкомъ, став-

шее потомъ любимѣйшимъ сравненіемъ у представителей исторической школы. Но полное свое выраженіе ученіе это нашло только въ трудахъ Савиньи (1779—1861), признаваемаго даже внѣ Германіи величайшимъ юристомъ XIX вѣка. Савиньи не былъ ученикомъ Гуго. Но, какъ онъ самъ это признавалъ, сочиненія Гуго имѣли на него большое вліяніе. (Der zehente Mai 1788. Berlin, 1838, § 15).

Первымъ сочиненіемъ Савиньи, обратившимъ на него вниманіе, было изслѣдованіе „О владѣніи“: оно сразу выдвинуло автора на первое мѣсто среди современныхъ ему юристовъ. И дѣйствительно, уже въ этомъ изслѣдованіи весьма опредѣленно сказались особенности новаго направленія. Но общее воззрѣніе на право и его развитіе Савиньи изложилъ главнымъ образомъ въ двухъ своихъ сочиненіяхъ: „Призваніе нашего времени къ законодательству и наукѣ права“. (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Heidelberg. 1814) и въ первомъ томѣ своей „Системы нынѣшняго римскаго права“ (System des heutigen Romischen Rechts. I, Berlin. 1840).

Поводомъ къ написанію перваго изъ этихъ произведеній, небольшой брошюры, послужили совершившіяся тогда въ Германіи политическія событія. Она тогда только что освободилась отъ французскаго владычества, во время котораго въ нѣкоторыхъ мѣстахъ былъ введенъ французскій кодексъ, представлявшій большія преимущества сравнительно съ старымъ германскимъ правомъ. Введеніе французскихъ законовъ оскорбило національное чувство нѣмцевъ, но въ то же время вызвало у нихъ сознаніе недостаточности нѣмецкаго права. Поэтому, по устраненіи французскаго владычества, явился вопросъ о томъ, что дѣлать съ законодательствомъ? Одни (Rehberg) высказывались за возвратъ къ старому порядку, другіе, напротивъ, требовали составленія общегерманскаго кодекса. Представителемъ послѣдняго направленія явился, главнымъ образомъ, Тибо (1771—1840 Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. 1814. Напечатано въ томъ же году второе изданіе въ его Civilistische Abhandlungen. Heidelberg, 1814, §§ 401—466). Онъ предлагалъ устроить съѣздъ юристовъ теоретиковъ и практиковъ для выработки общаго уложенія для всей Германіи, такъ какъ, по его убѣжденію, улучшеніе законодательства мѣстное отдѣльными государствами не можетъ достигнуть своей цѣли, во 1-хъ, потому, что можетъ оказаться недостатокъ въ научныхъ силахъ для этой работы, и, во-2-хъ, потому, что съ раздѣленіемъ политическимъ развитіе партикулярнаго законодательства повело бы къ совершенному раздробленію Германіи, къ совершенной потерѣ національнаго единства. Что касается собственно цѣли общаго уложенія, то необходимость реформы юридическаго быта Тибо оправдывалъ несовершенствомъ существующаго германскаго права, которое представлялось уже слишкомъ устарѣлымъ

по содержанію и неудовлетворительнымъ по формѣ, именно оно заключалось въ рядѣ отдѣльныхъ постановленій германскихъ императоровъ и князей, оставшихся разрозненными и представлявшимися настолько устарѣлыми по своему содержанію, что даже самые консервативные юристы не находили возможнымъ возстановить ихъ. Но рядомъ съ ними дѣйствовало римское право, господство котораго, какъ права иноземнаго, по воззрѣнію Тибо, представляется нежелательнымъ, потому что оно не подходитъ къ правовымъ воззрѣніямъ германскаго народа; тѣмъ болѣе, что римское право дошло до насъ въ той формѣ, въ какую оно вылилось въ эпоху полнаго упадка римскаго государства. Къ тому же и по содержанію своему оно оказывается уже недостаточнымъ для удовлетворенія потребностей нашего времени; таковы, напр., постановленія о семейной власти, объ опекѣ и попечительствѣ, о гипотечной системѣ. Ко всѣмъ этимъ недостаткамъ системы римскаго права присоединяется еще то, говоритъ Тибо, что мы не знаемъ римскаго права, такъ какъ до насъ не дошелъ подлинный текстъ римскихъ законовъ, и мы имѣемъ множество различныхъ варіантовъ, такъ что въ изданіи, напр., Габауера варіанты равняются по объему четвертой части самаго текста. Мало того, количество варіантовъ постоянно измѣняется, потому что открываются новые варіанты. Но представимъ даже, что они всѣ собраны, и тогда всетаки различные юристы будутъ различнаго мнѣнія по каждому вопросу, потому что истый юристъ никогда не принимаетъ чужого мнѣнія. При такомъ положеніи дѣла, юристы-практики окажутся въ крайнемъ затрудненіи, будучи принуждены дѣлать выборъ между различными мнѣніями, равно необязательными и одинаково опирающимися на авторитетъ ученыхъ романистовъ. Въ виду такого неудовлетворительнаго состоянія права, Тибо требовалъ составленія новаго кодекса, который бы удовлетворялъ условіямъ современной жизни вообще и въ частности германской жизни.

Но, развивая свое положеніе о необходимости выработки новаго кодекса, Тибо не предвидѣлъ тѣхъ возраженій, которыя были сдѣланы ему Савиньи. Савиньи не сталъ говорить о томъ, хорошо или нехорошо современное ему право, совершенно оно или несовершенно, а поставилъ вопросъ на совершенно иную почву. Въ введеніи къ своему „Призванію“ онъ указываетъ прямо, что сочиненіе Тибо не можетъ быть разсматриваемо изолированно, но что его слѣдуетъ поставить въ связь съ тѣми историческими условіями, при которыхъ оно явилось. Въ предложеніи Тибо нельзя, во первыхъ, не видѣть отголоска господствовавшаго въ XVIII столѣтіи игнорированія прошлаго и преувеличенія значенія настоящаго времени, отъ котораго ожидали не меньше, какъ осуществленія абсолютнаго совершенства. Это сказалось и въ отношеніи къ праву: требовали новыхъ кодексовъ, которые бы своей полнотой сооб-

щили дѣлу правосудія механическую опредѣленность. Вмѣстѣ съ тѣмъ эти кодексы должны были быть свободны отъ всякихъ историческихъ особенностей и представлять въ чистой абстракціи, одинаково примѣнимое во всѣ времена и у всѣхъ народовъ, право. Съ другой стороны, предложеніе составить новый гражданскій кодексъ обусловлено господствующимъ воззрѣніемъ на образованіе права. Все право считается возникающимъ путемъ изданія законовъ, причемъ содержаніе законовъ представляется какъ нѣчто совершенно случайное и могущее быть измѣняемо по произволу законодателя. Савиньи доказалъ, что обѣ эти предпосылки, на молчаливомъ признаніи которыхъ основывается предложеніе Тибо,—и преувеличенныя ожиданія отъ настоящаго, и признаніе права зависящимъ отъ произвола законодателя — одинаково ошибочны, что право не творится произволомъ законодателя и что въ частности начало настоящаго столѣтія нельзя было признать призваннымъ къ кодификаціи въ силу чрезвычайной отсталости тогда германской юриспруденціи. Но насъ, конечно, не можетъ интересовать здѣсь этотъ второй тезисъ. Мы ограничимся поэтому изложеніемъ воззрѣній Савиньи на происхожденіе права.

Нельзя допустить, чтобы происхожденіе права было различно въ зависимости отъ случая или человѣческаго произвола. Этому противорѣчитъ то обстоятельство, что всегда, когда возникаетъ вопросъ о правѣ, имѣются уже готовыя юридическія правила. Итакъ, нельзя думать, чтобы право установлялось волею отдѣльныхъ лицъ, входящихъ въ составъ народа. Напротивъ, оно должно быть признано продуктомъ народнаго духа (Volksgeist), живущаго и проявляющагося во всѣхъ членахъ народа и потому приводящаго ихъ къ одному и тому же правосознанію. Мы не можемъ подтвердить этого взгляда на происхожденіе права прямыми историческими доказательствами. Исторія застаетъ у всѣхъ народовъ право уже сложившимся, имѣющимъ положительный характеръ и представляющимъ своеобразный національный отпечатокъ, точно такъ, какъ и языкъ народа, его нравы и политическое устройство. Но возможны косвенныя доказательства. Въ пользу такого непроизвольнаго возникновенія права говоритъ прежде всего то, что въ сознаніи нашемъ понятіе положительнаго права соединяется всегда съ понятіемъ необходимости, что было бы непонятно, если бы право было продуктомъ нашего произвола. Другимъ аргументомъ служитъ аналогія съ другими сторонами народной жизни, въ особенности съ языкомъ, который точно также отнюдь не есть продуктъ людского произвола. Право живетъ въ общемъ сознаніи народа не въ формѣ, конечно, абстрактнаго правила, но въ формѣ живого воспріятія юридическихъ институтовъ въ ихъ органической связи. Молодость народовъ вообще не богата понятіями. За то въ ней имѣется полное сознаніе своего положенія, своихъ условій и

несложное по содержанію право является предметомъ непосредственной народной вѣры. Но всякая духовная функція нуждается въ матеріальной формѣ для своего проявленія. Такой формой для языка служитъ его постоянное, непрерывное употребленіе для государственнаго строя—видимыя государственныя учрежденія. Въ отношеніи права такое же значеніе имѣютъ въ настоящее время опредѣленно формулированныя основныя положенія. Но это предполагаетъ уже значительную отвлеченность, чего нельзя найти въ первобытномъ правѣ. За то мы находимъ здѣсь рядъ символическихъ дѣйствій, сопровождающихъ установленіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Внѣшняя наглядность этихъ дѣйствій служитъ сохраненію права въ опредѣленной формѣ. Эти символическія дѣйствія были какъ бы грамматикой права той эпохи, вполнѣ ей соотвѣтствующей. Эта органическая солидарность права съ существомъ и характеромъ народнаго быта сохраняется. однако, и въ послѣдующія эпохи, и въ этомъ отношеніи право также можетъ быть сравниваемо съ языкомъ. Какъ языкъ, такъ и право не знаютъ ни на мгновеніе абсолютнаго застоя, но, какъ и всѣ стороны народной жизни, оно находится въ постоянномъ движеніи и развитіи, подчиняющемся, какъ и первое его проявленіе, закону внутренней необходимости. Такимъ образомъ, право растетъ вмѣстѣ съ народомъ. Но въ культурномъ обществѣ это внутреннее развитіе права усложняется и тѣмъ затрудняетъ изученіе. Право вытекаетъ изъ общаго сознанія народа. Но если мы возьмемъ, напр., римское право, то можно еще себѣ представить находящимся въ общемъ народномъ сознаніи основныя начала семейнаго права, собственности и т. п., но невозможно утверждать того же относительно всей массы детальированнаго матеріала, представляющагося намъ въ Пандектахъ. Это приводитъ насъ къ новому соображенію. Съ развитіемъ культуры различныя стороны народной жизни отдѣляются другъ отъ друга и то, что прежде выполнялось сообща, дѣлается функціей различныхъ классовъ. Однимъ изъ такихъ обособленныхъ классовъ являются юристы, дѣятельность которыхъ въ отношеніи къ праву замѣняетъ прежнюю дѣятельность всего народа непосредственно. Съ этого времени существованіе права становится сложнѣе и искусственнѣе, такъ какъ оно получаетъ двоякую жизнь, какъ часть общей народной жизни и какъ особая наука въ рукахъ юристовъ. Связь права съ общей народной жизнью можно назвать его *политическимъ*, а его обособленное существованіе въ рукахъ юристовъ — *техническимъ* элементомъ. Въ различныя эпохи народной жизни соотношеніе этихъ элементовъ различно, но всегда оба они въ той или другой степени участвуютъ въ развитіи права.

Если, такимъ образомъ, право признается продуктомъ народной жизни, проявленіемъ народнаго духа, то, конечно, весьма важно опредѣлить,

что собственно Савиньи разумѣетъ подъ народомъ. Въ „Призваніи“ онъ оставилъ этотъ вопросъ совершенно безъ разсмотрѣнія и только въ „Системѣ“, вышедшей уже послѣ того, какъ историческая школа получила широкое развитіе, находимъ мы параграфъ, посвященный выясненію понятія о народѣ. „Если мы отвлечемъ, говоритъ Савиньи, право отъ всякаго особеннаго содержанія, то получимъ, какъ общее существо всякаго права, нормированіе опредѣленнымъ образомъ совмѣстной жизни многихъ. Можно бы и ограничиться такимъ отвлеченнымъ понятіемъ множества. Но случайный аггрегатъ неопредѣленнаго множества людей есть представленіе произвольное, лишенное всякой реальности. А если бы и дѣйствительно имѣлся такой аггрегатъ, то онъ былъ бы неспособенъ, конечно, произвести право. Въ дѣйствительности же вездѣ, гдѣ люди живутъ вмѣстѣ, мы видимъ, что они образуютъ одно духовное цѣлое и это единство ихъ проявляется и укрѣпляется въ употребленіи одного, общаго языка. Въ этомъ единствѣ духовномъ и коренится право, такъ какъ въ общемъ, всѣхъ проникающемъ народномъ духѣ представляется сила, способная удовлетворить потребности въ урегулированіи совмѣстной жизни людей. Но, говоря о народѣ, какъ о цѣломъ, мы должны имѣть въ виду не однихъ лишь наличныхъ членовъ его: духовное единство соединяетъ также и смѣняющія другъ друга поколѣнія, настоящее съ прошлымъ. Право сохраняется въ народѣ силой преданія, обусловленной не внезапной, а совершенно постепенной, незамѣтной смѣной поколѣній“.

Признаніе права продуктомъ народной жизни можетъ инымъ показаться слишкомъ узкимъ, могутъ сказать, что источникъ права слѣдовало бы искать не въ народномъ, а въ человѣческомъ духѣ вообще. Но образованіе права есть общее, совмѣстное дѣло, а оно возможно только со стороны тѣхъ, между которыми общность мышленія и дѣйствія не только возможна, но и дѣйствительно существуетъ, и это имѣется только въ предѣлахъ отдѣльныхъ народовъ. Но, конечно, въ жизни и отдѣльныхъ народовъ проявляются общія человѣческія стремленія и свойства.

Савиньи является наиболѣе типичнымъ представителемъ исторической школы. Въ ученіи его ближайшаго послѣдователя Пухты (1798—1846; Puchta. Encyclopedie als Einleitung zu Institutionen 1825. Также въ первомъ томѣ его Институціи 1844 г. Переведено на русскій языкъ) уже весьма сильно вліяніе современныхъ ему философскихъ ученій Шеллинга, сказавшееся на выработкѣ понятія о народномъ духѣ, какъ источникѣ права. Пухта объектируетъ, олицетворяетъ это понятіе. Онъ видитъ въ немъ какую-то силу, дѣйствующую въ организмѣ народной жизни и существующую независимо отъ сознанія отдѣльныхъ членовъ народовъ. Народный духъ, подобно душѣ въ организмѣ, все произво-

дитъ изъ себя въ народной жизни, въ томъ числѣ и право, такъ что отдѣльныя личности не имѣютъ никакого активнаго участія въ образованіи; не ихъ сознаніемъ обусловливается то или другое развитіе права, а свойствами народнаго духа. Поэтому, если Савиньи говоритъ еще объ образованіи права, какъ объ общемъ дѣлѣ (eine gemeinschaftliche That), у Пухты идетъ рѣчь, напротивъ, объ естественномъ саморазвитіи права (Naturwüchsigkeit). Право развивается, по этому ученію, изъ народнаго духа, какъ растеніе изъ зерна, причемъ напередъ предопредѣлена его форма и ходъ развитія; отдѣльныя личности являются только пассивными носителями не ими создаваемаго права.

Съ большими подробностями свое воззрѣніе на происхожденіе права Пухта развилъ въ своей извѣстной монографіи объ обычномъ правѣ (Gewohnheistrecht, B. I. 1828). Въ священномъ писаніи, говоритъ Пухта, происхожденіе рода человѣческаго изображается такъ, что вначалѣ былъ одинъ человѣкъ, затѣмъ два: мужчина и женщина, а потомъ рожденные отъ нихъ. Первые люди составляли, такимъ образомъ, съ самаго начала опредѣленный союзъ—союзъ семейный. Первая семья, размножаясь, подѣлилась на нѣсколько семей и развилась въ племя, въ народъ, который, точно также размножаясь, подѣлился на новыя племена, ставшія въ свой чередъ народами. Все это такъ естественно, что и языческія сказанія повторяютъ то же самое. Важно въ этомъ, что мы, такимъ образомъ, не находимъ ни одного момента, когда бы люди жили, не составляя какого-либо органическаго цѣлаго. Народное единство основывается на единствѣ происхожденія, обусловливающемъ не только тѣлесное, но и духовное родство. Но родства одного недостаточно для образованія народа: иначе былъ бы одинъ народъ. Обособленіе одного народа отъ другого опредѣляется ихъ территоріальнымъ обособленіемъ, причемъ къ естественному единству приходитъ и другое, выражающееся въ политической организаціи (Verfassung), чрезъ что народъ становится государствомъ. Государство не есть естественный союзъ. Оно образуется волею: государственный строй есть выраженіе общей воли о томъ, что составляетъ существо государства. Эта общая воля не могла, однако, непосредственно и первоначально имѣть никакого другого источника, какъ естественное согласіе, единомысліе (natürliche Uebereinstimmung). Такимъ образомъ, государство, конечно, образуется непосредственно волею, но воля эта, а слѣдовательно, чрезъ ея посредство и само государство, коренится въ естественномъ соединеніи. Народъ здѣсь понимается какъ естественное цѣлое. Этимъ исключается возможность его дѣйствія (Wirksamkeit), ибо дѣйствовать можетъ только отдѣльный субъектъ, а не цѣлое, какъ простая идея, какъ incertum corpus. Дѣйствіе народа, въ естественномъ смыслѣ, можетъ заключаться лишь въ незримомъ, обусловленномъ самымъ его понятіемъ, т. е. этимъ родствомъ,

вліяніи его на принадлежащихъ къ нему членовъ. Къ такимъ проявленіямъ народной жизни (Thätigkeiten der Volk) принадлежитъ и право. Вліяніе климата и т. п. на людей—не непосредственно, а только чрезъ посредство національности, свойства которой опредѣляются климатомъ и которая затѣмъ уже вліяетъ на своихъ членовъ. Индивидъ способенъ къ правосознанію не какъ индивидъ, не какъ членъ семьи, а только какъ членъ народа. Этимъ право отличается отъ индивидуальнаго сознанія. Существованіе правовой свободы предполагаетъ, что волѣ человѣка противостоитъ другая воля, которую онъ частью признаетъ чужою, для него внѣшнею волею, частью же также и своею, именно, какъ основывающуюся на и ему принадлежащемъ убѣжденіи. Человѣкъ становится личностью и получаетъ право въ силу того, что его воля есть вмѣстѣ и особая и общая, что она и совершенно самостоятельна и вмѣстѣ дѣйствуетъ лишь, какъ основывающаяся на общемъ убѣжденіи.

Что право могло возникнуть только въ народной жизни, Пухта доказываетъ слѣдующимъ образомъ: когда былъ сотворенъ одинъ только человѣкъ, его волѣ могла быть противопоставлена только воля Бога, совершенно уничтожавшая волю человѣка. Когда существовала только семья, а не народъ, мужъ былъ господиномъ жены, не имѣвшей никакой воли, отличной отъ его воли. И то же самое должно сказать относительно другихъ членовъ семьи. Такимъ образомъ, только въ народѣ могло явиться противоположеніе воль, необходимое для возникновенія права. Но этимъ доказывается только, что народъ causa instrumentalisi права. Надо еще доказать, что онъ и causa principalis. Въ правѣ различимы двѣ стороны: 1) убѣжденіе въ томъ, что есть право, и 2) осуществленіе, приложеніе этого убѣжденія. Право, которое не можетъ быть осуществлено, не есть право. Мало того, случайнаго осуществленія, напр., войной, недостаточно, потому что *чистая естественная* сила случайно только служитъ праву, какъ можетъ служить и неправу. Соотвѣтствующая праву правозащита возможна только чрезъ посредство особаго органа общей воли, слѣдовательно чрезъ посредство государственной организаціи. Поэтому только та воля можетъ быть источникомъ права, которая приводитъ къ образованію государства, т. е. воля народа. Нельзя государство считать творцомъ права. Государство только органъ выраженія общей воли, которая существуетъ до него и творитъ право. Но до государства права не существуетъ, такъ какъ нѣтъ органа для выраженія общей воли. Но подъ народомъ, какъ творцомъ права, не слѣдуетъ понимать народа, какъ противоположность правительству.

Нельзя также думать, что дѣятельность народа слагалась изъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ, изъ нея образовалась. Тутъ Пухта полемизируетъ съ Шлегелемъ. Онъ называетъ этотъ взглядъ „поверхностнымъ

и тривіальнымъ“. Убѣжденіе индивида не переходитъ въ убѣжденіе народа, народъ свое сознаніе не получаетъ отъ отдѣльнаго лица.

Такимъ образомъ, у Пухты народный духъ является особой самостоятельно дѣйствующей силой. Онъ не вырабатывается исторической жизнью народа, а существуетъ съ самаго начала, обусловливая весь складъ народной жизни и народной исторіи. Народный духъ заключаетъ въ себѣ и народное правосознаніе, проявляющееся и въ сознаніи каждаго отдѣльнаго члена народа. Народное правосознаніе и есть, слѣдовательно, первоначальный источникъ права. Но Пухта на этомъ и останавливается, онъ не объясняетъ, какъ образуется это общее народное правосознаніе. Онъ просто предполагаетъ его даннымъ, существующимъ. Поэтому предлагаемое имъ объясненіе происхожденія права какъ бы останавливается на полъ-дорогѣ, представляется неполнымъ.

§ 20. Возникновеніе права.

Объясненіе происхожденія права не можетъ ограничиться указаніемъ лишь на то, какъ развивается право. Главный и самый трудный вопросъ заключается въ объясненіи первоначальнаго возникновенія права, въ объясненіи того, какимъ образомъ появляется впервые самое сознаніе о правѣ. Въ современномъ быту, мы знаемъ, право творится и развивается сознательною дѣятельностью и при этомъ отправляются отъ сознанія недостатковъ или неполноты уже существующаго права. Но откуда же взялось первоначальное сознаніе о правѣ? Разрѣшеніе этого вопроса тѣмъ труднѣе, что сознаніе всегда предполагаетъ уже готовый объектъ, готовое содержаніе. Обыкновенно, объектъ одного акта сознанія дается предшествующимъ ему, также сознательнымъ актомъ. Но, когда рѣчь идетъ о первоначальномъ возникновеніи сознанія о чемъ либо, такое объясненіе непримѣнимо. Остается предположить или врожденность правосознанія, или что первоначально объектъ правосознанія дается безсознательнымъ актомъ.

Врожденность правосознанія можно понимать двояко. Можно, во-первыхъ, считать врожденнымъ самое содержаніе права. Но это равносильно принятію гипотезы естественнаго права, несостоятельность которой мы уже доказали. Можно, во-вторыхъ, считать врожденнымъ только сознаніе необходимости существованія юридическихъ нормъ, независимо отъ ихъ возможнаго содержанія. Но если бы это было такъ, тогда понятіе права съ самаго начала должно бы являться въ человѣческомъ сознаніи въ самой общей формѣ, и при томъ опредѣленно отграниченнымъ отъ другихъ понятій, напр., нравственности, религіи. Въ дѣйствительности же мы наблюдаемъ какъ разъ обратное: правосознаніе возникаетъ первоначально въ частной формѣ и общее понятіе права, обнимающее

всѣ его конкретныя формы, является сравнительно поздно. Неразвитой человѣкъ знаетъ только отдѣльныя права, и общее понятіе права ему недоступно. Точно также и обособленіе права отъ нравственности и религіи есть сравнительно позднѣйшее явленіе. Первоначально право, нравственность, религія, приличіе—все это смѣшивается во-едино. Такимъ образомъ, нельзя принять врожденности правопонятія и въ такой формѣ.

Остается предположить, что первоначально содержаніе правосознанія установляется безсознательно. Какимъ же образомъ это можетъ произойти? Какимъ образомъ могутъ безсознательно установиться юридическія нормы?

Для объясненія этого слѣдуетъ обратиться къ тому, какъ вообще объясняютъ первоначальное возникновеніе сознательной дѣятельности. Современная психологія не признаетъ, чтобы намъ была врождена уже сознательная воля. Такъ, напр., Бенъ (Will aud Emotions) объясняетъ явленія воли общимъ психологическимъ закономъ ассоціаціи. Воля представляется не прирожденной, первоначальной способностью нашего духа, а уже плодомъ психическаго развитія. Первоначально мы дѣйствуемъ безсознательно. Къ дѣйствію побуждаетъ насъ самопроизвольная активность нашего организма, обусловливающаяся накопляющейся, въ силу совершающихся въ немъ жизненныхъ процессовъ, энергіей. Такъ двигается утробный зародышъ; такъ дѣйствуютъ, бѣгаютъ, кричатъ дѣти, такъ дѣйствуемъ и мы совершенно безцѣльно послѣ долгаго, утомительнаго бездѣйствія. Но каждое совершенное нами безсознательно дѣйствіе оставляетъ послѣ себя въ нашемъ сознаніи два представленія: о самомъ дѣйствіи и о его послѣдствіяхъ, пріятныхъ и непріятныхъ. Въ силу повторенія такого опыта, эти два представленія все прочнѣе и прочнѣе ассоціируются въ нашемъ сознаніи, и когда мы затѣмъ вспоминаемъ о данномъ дѣйствіи, это представленіе вызываетъ въ насъ и ассоціировавшееся съ нимъ представленіе о пріятныхъ или непріятныхъ послѣдствіяхъ, и потому самое дѣйствіе представляется желательнымъ или нежелательнымъ. Чѣмъ ассоціація такихъ представленій прочнѣе, тѣмъ опредѣленнѣе наши рѣшенія, чѣмъ слабѣе—тѣмъ и желанія неопредѣленнѣе. Но и съ образованіемъ сознательныхъ желаній одного воспроизведенія представленія о данномъ дѣйствіи и его пріятномъ послѣдствіи еще недостаточно для того, чтобы совершилось это дѣйствіе. Многое, представляющееся намъ желательнымъ, остается нами неосуществленнымъ: video meliora proboque, deteriora sequor. Это объясняется тѣмъ, что представленіе само по себѣ не можетъ вызвать дѣятельности, необходимо, чтобы съ появленіемъ желанія совпало извѣстное напряженіе энергіи нервной системы. Одни и тѣ же желанія, смотря по тому, въ какомъ состояніи находится наша нервная система, въ возбужден-

номъ или угнетенномъ состоянiи, могутъ переходить или не переходить въ дѣйствiе.

Подобнымъ же образомъ объясняетъ Штейнталь (Abriss der Sprachwissenschaft) и происхожденiе языка. Человѣкъ, подъ влiянiемъ аффекта, непроизвольно произноситъ извѣстные звуки. Эти звуки производятъ и на него самого и на другихъ извѣстное впечатлѣнiе. Съ повторенiемъ такихъ случаевъ мало-по-малу установляется все болѣе и болѣе прочная ассоцiацiя представленiй о данномъ звукѣ и томъ впечатлѣнiи, какое онъ производитъ. Представленiе объ этомъ впечатлѣнiи вызываетъ въ сознанiи человѣка, въ силу установившейся ассоцiацiи, представленiе о вызывающемъ его звукѣ, и если впечатлѣнiе ему желательно, онъ уже намѣренно произноситъ звукъ. Въ этой ассоцiацiи и заключается объясненiе перехода непроизвольно произносимыхъ звуковъ въ сознательно произносимыя слова. Представленiе о впечатлѣнiи, производимомъ звуками, и составляетъ значенiе слова.

Мнѣ кажется, что совершенно такимъ же путемъ можно объяснить и происхожденiе права.

Въ силу одинаковости условiй и несложности отношенiй въ первобытномъ обществѣ, люди въ немъ, естественно, ведутъ совершенно одинаковый образъ жизни. Малое развитiе сознательной мысли, скудость и ограниченность испытываемыхъ впечатлѣнiй, сильно развитая наклонность къ подражанiю приводятъ къ тому, что первобытный человѣкъ въ большинствѣ случаевъ дѣйствуетъ такъ же, какъ и другiе, такъ же, какъ отцы и дѣды. Въ силу этого, въ каждомъ изъ нихъ образуется увѣренность, что при одинаковыхъ условiяхъ всѣ будутъ поступать одинаково. Человѣкъ ожидаетъ такого одинаковаго, обычнаго поведенiя, онъ разсчитываетъ на него, и въ этомъ разсчетѣ располагаетъ и устраиваетъ свои собственныя дѣла. Если затѣмъ въ какомъ либо частномъ случаѣ онъ обманется въ своихъ разсчетахъ, если кто-либо поступитъ въ отношенiи къ нему не такъ, какъ онъ ожидалъ, не такъ, какъ другiе обыкновенно поступаютъ въ подобныхъ случаяхъ, человѣкъ испытываетъ чувства недовольства, гнѣва. Онъ обращается къ обманувшему его надежды съ нареканiями, онъ старается отомстить ему. По мѣрѣ того, какъ такiя столкновенiя повторяются, представленiе о нарушенiи установившагося, обычнаго поведенiя ассоцiируется съ представленiемъ объ упрекахъ, о гнѣвѣ, о мести со стороны тѣхъ, кто терпитъ ущербъ отъ такого нарушенiя. И вотъ, въ силу этого, прежнее инстинктивное, безсознательное, само собой складывавшееся, соблюденiе обычаевъ переходитъ въ сознательное. Теперь обычай соблюдается уже не въ силу только безсознательной привычки, безсознательной къ тому склонности, а въ силу представленiя о тѣхъ непрiятностяхъ, какiя влечетъ за собой нарушенiе обычая. Слѣдовательно приходитъ уже сознанiе обязательности обы-

чая. Обычай соблюдается и тогда, когда есть интересъ, есть стремленіе его нарушать,—соблюдается ради избѣжанія тѣхъ непріятностей, тѣхъ невыгодъ, какія влечетъ за собой нарушеніе. Возникновеніе такого сознанія объ обязательности (oppinio necesitatis) и превращаетъ простое обыкновеніе, соблюдаемое безсознательно, инстинктивно, въ сознательно соблюдаемый, въ признаваемый обязательнымъ юридическій обычай, являющійся первоначальной формой выраженія юридическихъ нормъ. Такимъ образомъ, возникновеніе права обусловлено сознательнымъ соблюденіемъ извѣстныхъ правилъ поведенія, какъ обязательныхъ, но содержаніе этихъ первоначальныхъ юридическихъ нормъ не творится сознательно. Оно дается безсознательно сложившимися обыкновеніями.

Такое объясненіе происхожденія права дѣлаетъ понятнымъ также, почему первоначально въ правѣ видятъ непроизвольный, необходимый порядокъ, почему ему приписываютъ даже божественное происхожденіе. Сознаніе людей находитъ право уже готовымъ, установившимся, какъ результатъ безсознательно вырабатывающихся обычаевъ. Не умѣя естественнымъ путемъ объяснить ихъ происхожденіе, въ нихъ видятъ божественное установленіе. Право получаетъ, такимъ образомъ, въ глазахъ людей значеніе объективнаго порядка, не зависящаго отъ человѣческой воли, стоящаго выше людского произвола.

Признавая изстари установившіеся обычаи обязательными, человѣкъ не отличаетъ въ нихъ первоначально форму отъ содержанія. Соблюденіе обычая всецѣло признается обязательнымъ: форма, такъ же, какъ и кроющееся въ ней содержаніе. Потому первыя стадіи развитія права всегда отличаются крайнимъ формализмомъ.

Обязательнымъ признается первоначально всякій старый обычай независимо отъ его содержанія. Этимъ объясняется первоначальное смѣшеніе права съ нравственностью, съ религіей, съ правилами приличія.

§ 21. Развитіе права.

Ihering. Kampf um's Recht. 7 Aufl., 1884.

Въ предыдущемъ параграфѣ мы постарались объяснить первоначальное возникновеніе права. Намъ предстоитъ теперь указать, какимъ образомъ совершается постепенное развитіе разъ возникшаго права.

И по этому вопросу въ юридической литературѣ существуютъ различныя воззрѣнія. Ихъ всѣ можно свести къ тремъ основнымъ категоріямъ. Одни не признаютъ закономѣрнаго развитія права и считаютъ совершающіяся съ теченіемъ времени измѣненія права случайными или произвольными. Это точка зрѣнія старыхъ теорій, предшествующихъ появленію исторической школы. Они могутъ теперь считаться уже окончательно отвергнутыми. Идея закономѣрнаго историческаго развитія успѣла

завоевать себѣ настолько общее признаніе, что ученіе о произвольномъ или случайномъ характерѣ историческихъ измѣненій въ правѣ едва ли найдетъ себѣ сторонниковъ въ современной литературѣ.

Другое воззрѣніе на характеръ развитія права, воззрѣніе, еще и теперь сохраняющее свое значеніе, есть воззрѣніе исторической школы. Оно можетъ быть характеризовано какъ ученіе объ *естественномъ ростѣ*, Naturwüchsigkeit, права. Все историческое развитіе права представляется не чѣмъ инымъ, какъ послѣдовательнымъ развитіемъ исконныхъ началъ народнаго правосознанія. И притомъ это развитіе, само собой совершающееся безъ всякой борьбы, мирное, подобно развитію растенія или зерна. Какъ въ зернѣ уже предопредѣлены свойства растенія, которое естественно и необходимо изъ него развивается, такъ и въ народномъ духѣ уже при самомъ появленіи народа на исторической аренѣ являются заготовь заложенными начала, опредѣляющія содержаніе данной національной системы права. Въ этомъ отношеніи право представляетъ полнѣйшую аналогію съ языкомъ. Юридическія нормы развиваются такъ же сами собой, такъ же безъ всякаго участія личной воли, какъ и грамматическія правила.

Это ученіе исторической школы представляется, конечно, крайнимъ преувеличеніемъ идеи закономѣрности историческаго развитія права. Возставая противъ признанія права продуктомъ личнаго произвола, историческая школа естественно пришла къ совершенному отрицанію какого-либо значенія личной воли въ развитіи права. Къ этому присоединилась, еще усиливая это отрицательное отношеніе къ значенію человѣческой воли въ развитіи права, консервативная тенденція школы. Дѣло въ томъ, что историческое направленіе въ началѣ настоящаго столѣтія явилось прямой реакціей противъ революціонныхъ ученій, опиравшихся на раціоналистическія системы XVIII вѣка. Ученіе же объ естественномъ ростѣ права, безъ всякаго участія человѣческой воли, отнимало всякое значеніе у революціонныхъ попытокъ измѣненія издавна сложившихся порядковъ.

Однако, такой взглядъ на развитіе права не только не представляется необходимымъ послѣдствіемъ историческаго направленія, но даже находится въ непримиримомъ противорѣчіи съ историческимъ пониманіемъ права. Исторія не есть какъ-то само собой совершающійся процессъ, по отношенію къ которому люди являются лишь безучастными свидѣтелями. Исторія слагается именно изъ людскихъ дѣйствій, творится людьми. Если таковъ характеръ исторіи вообще, не можетъ имѣть иного характера въ частности и исторія права. Главнымъ, непосредственно дѣйствующимъ факторомъ исторіи права также служатъ дѣйствія людей. И къ юридическимъ нормамъ они не могутъ относиться такъ же безразлично, какъ къ какому-нибудь грамматическому правилу, напр.,

къ правилу объ употребленіи предлоговъ съ тѣмъ или другимъ падежомъ, или союза съ тѣмъ или другимъ наклоненіемъ. Юридическія нормы непосредственно затрогиваютъ самые жизненные интересы людей, и потому установленіе той или другой нормы не можетъ не вызвать борьбы изъ-за нея.

Такимъ образомъ, мирному естественному росту нѣтъ мѣста: въ дѣйствительности право рождается какъ плодъ борьбы, иногда долгой и упорной. Но это не ослабляетъ закономѣрности развитія права. Вопросъ только въ томъ, что служитъ силой, вызывающей развитіе права: борьба ли человѣческихъ интересовъ или какой-то таинственный, невѣдомо откуда берущійся, народный духъ. Закономѣрность дѣйствія правообразующей силы стоитъ внѣ вопроса.

Этотъ новый взглядъ на процессъ развитія права, видящій въ немъ плодъ борьбы разнообразныхъ общественныхъ интересовъ, былъ противопоставленъ ученію исторической школы объ естественномъ ростѣ права Рудольфомъ Іерингомъ. Онъ сдѣлалъ его предметомъ небольшой, но весьма содержательной и интересной брошюры „Борьба за право“.

Идея „борьбы за право“, конечно, гораздо проще объясняетъ историческое развитіе права, какъ оно слагается въ дѣйствительности, нежели идея „естественнаго роста“—съ точки зрѣнія теоріи естественнаго роста революціонные перевороты безсмыслица, а между тѣмъ въ исторіи они встрѣчаются нерѣдко. Теорія естественнаго роста не можетъ также удовлетворительно объяснить факта разнородности состава каждой національной системы права, существованіе въ нихъ разнородныхъ наслоеній, не могущихъ по своей разнородности быть результатомъ естественнаго роста однихъ и тѣхъ же исконныхъ началъ народнаго духа.

Идея „борьбы за право“ представляетъ еще и другое преимущество предъ идеей естественнаго роста права. Идея естественнаго роста необходимо приводитъ къ признанію права исключительно продуктомъ *народной* жизни. Поэтому историческая школа должна была по необходимости отрицать существованіе, напр., международнаго права, такъ какъ его никакъ нельзя было разсматривать какъ продуктъ жизни одного какого-нибудь народа. Поэтому для представителей исторической школы и общечеловѣческія черты права совершенно заслонялись его національными особенностями. Напротивъ, идея „борьбы за право“ не пріурочиваетъ вовсе развитія права къ какой-нибудь одной спеціальной формѣ общежитія. Поэтому съ этой точки зрѣнія вполнѣ объяснима выработка права не только въ рамкахъ народной жизни, но и всякимъ другимъ общественнымъ союзомъ безразлично.

При всемъ томъ ученіе Іеринга можетъ быть принято лишь съ нѣкоторыми ограниченіями. Нельзя признать, чтобы право было всецѣло продуктомъ сознательной дѣятельности, сознательной борьбы. Необхо-

димо допустить первоначально безсознательное установленіе обычаевъ, становящихся современемъ юридическими. Эти безсознательно установившіеся стародавніе обычаи имѣютъ на своей сторонѣ всегда интересъ опредѣленности. Они, какъ старые, всѣмъ извѣстные, всѣмъ привычные, устойчивѣе и опредѣленнѣе всякой новой юридической нормы. Поэтому въ интересѣ порядка всегда желательно сохраненіе старыхъ исконныхъ обычаевъ. Но они вмѣстѣ съ тѣмъ крайне формальны и какъ старые никогда не будутъ соотвѣтствовать новымъ условіямъ и новымъ потребностямъ общественной жизни. Они представляются при измѣнившихся условіяхъ общественныхъ отношеній неудобными, стѣснительными и чѣмъ дальше, тѣмъ больше. Все сильнѣе и сильнѣе даетъ себя чувствовать потребность замѣнить ихъ новыми, сознательно выработанными и болѣе соотвѣтствующими современнымъ условіямъ жизни, юридическими нормами. Въ противоположность суровому, стѣснительному старому праву, эти новыя нормы представляются болѣе справедливыми. И вотъ все развитіе права представляетъ борьбу стараго, безсознательно установившагося права съ новымъ, сознательно вырабатываемымъ. Уже римскіе юристы замѣтили эту двойственность въ правѣ. Ихъ противоположеніе jus strictum и aequitas имѣетъ именно такое значеніе.

КНИГА ВТОРАЯ.

Объективная и субъективная сторона права.

ГЛАВА I.

Право въ объективномъ смыслѣ.

Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. *Bierling.* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffen. B. II. 1883. *Thöl.* Einleitung in das deutsche Privatrecht. *Binding.* Die Normen und ihre Uebertretungen. B. II. 1872.

§ 22. Объективная и субъективная сторона въ правѣ.

Опредѣляя человѣческую дѣятельность, юридическія нормы придаютъ существующимъ между людьми отношеніямъ особый характеръ, превращая ихъ изъ фактическихъ отношеній въ юридическія. Разъ человѣкъ руководится въ своей дѣятельности юридическими нормами, его отношенія къ другимъ людямъ опредѣляются не тѣмъ, что представляется ему фактически возможнымъ въ каждомъ отдѣльномъ конкретномъ столкновеніи съ ними, а тѣмъ, какъ разграничиваетъ ихъ интересы право. Опредѣляемыя юридическими нормами взаимныя отношенія людей слагаются изъ соотвѣтствующихъ другъ другу и другъ друга обусловливающихъ *права и обязанности.* Разграничивая сталкивающіеся интересы,

юридическая норма, во-первыхъ, устанавливаетъ предѣлы, въ которыхъ данный интересъ можетъ быть осуществляемъ—это *право;* во-вторыхъ, установляетъ въ отношеніи къ другому сталкивающемуся съ нимъ интересу соотвѣтственныя ограниченія—это *обязанность.* Отношеніе, слагающееся изъ права и обязанности, и есть *юридическое отношеніе.*

Такимъ образомъ, существованіе права выражается не только въ существованіи *юридическихъ нормъ,* но также и въ существованіи *юридическихъ отношеній.* Юридическія нормы и юридическія отношенія—это двѣ различныя стороны права: *объективная и субъективная.* Юридическія отношенія называются правомъ въ субъективномъ смыслѣ, потому что право и обязанность составляютъ принадлежность субъекта. Безъ субъекта они существовать не могутъ: и право и обязанность должны непремѣнно быть чьи-нибудь. Напротивъ, юридическія нормы не стоятъ въ такомъ отношеніи къ субъекту. Онѣ имѣютъ болѣе общій и болѣе отвлеченный характеръ, онѣ не пріурочены къ опредѣленному субъекту и потому, въ противоположность юридическимъ отношеніямъ, называются *правомъ въ объективномъ смыслѣ.* Намъ и слѣдуетъ теперь обратиться къ разсмотрѣнію особенностей каждой изъ этихъ сторонъ права, объективной и субъективной, и ихъ взаимнаго соотношенія. Мы начнемъ при этомъ съ права въ объективномъ смыслѣ, такъ какъ субъективная сторона представляется обусловленной объективною и къ тому же объективная сторона права, какъ болѣе абстрактная, легче поддается анализу.

Необходимо, однако, оговориться, что въ исторической послѣдовательности не объективное право предшествуетъ субъективному, а наоборотъ субъективное—объективному. Историческое развитіе всегда начинается съ частнаго, а не съ общаго. Поэтому раньше создаются отдѣльныя субъективныя права, а уже потомъ общія регулирующія ихъ нормы. Прежде чѣмъ слагается понятіе объ единой общей Ѳемидѣ, вѣрятъ въ существованіе множества отдѣльныхъ частныхъ ѳемидъ, представляющихъ собою рѣшенія отдѣльныхъ случаевъ. Древній судъ не примѣняетъ уже существующей общей нормы къ частнымъ случаямъ, а для каждаго частнаго случая творитъ новое право и только путемъ постепеннаго и медленнаго обобщенія этихъ частныхъ рѣшеній слагаются современемъ и общія правила, представляющія къ тому же первоначально весьма невысокую степень обобщенія, являющіяся дробными, казуистическими правилами.

Но какъ бы то ни было, разъ общія юридическія нормы сложились, онѣ уже необходимо обусловливаютъ собою субъективныя права. Опредѣленіе каждаго отдѣльнаго субъективнаго права получаетъ при этомъ характеръ силлогистическаго заключенія. Юридическая норма выполняетъ роль большой посылки; данное фактическое отношеніе людей, выражающее столкновеніе регулируемыхъ нормой интересовъ,—роль малой

посылки, а опредѣленіе соотвѣтствующихъ правъ и обязанностей есть заключеніе.

§ 23. Юридическія нормы—велѣнія.

Savigny. System. 81, § 25. *Thöl*. Einleitung. §§ 34—39. *Thon*. Rechtsnorm und subjectives Recht. § 345. *Bierling*. Zur Kritik der grundbegriffe, II, 307. *Zitelmann*. Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879. сс. 200—229.

Юридическія нормы, какъ и всѣ вообще нормы, суть правило должнаго и въ этомъ смыслѣ велѣнія. Будучи правиломъ должнаго, онѣ не могутъ дозволять, опредѣлять, описывать, а всегда повелѣваютъ, всегда указываютъ, что и какъ должно быть сдѣлано для разграниченія сталкивающихся интересовъ.

Изъ этого, однако, не слѣдуетъ заключать, какъ это обыкновенно бываетъ, чтобы всѣ юридическія нормы были установлены сознательною волей, были актомъ чьей-либо воли, чьими-либо велѣніями. Правило должнаго всегда содержитъ въ себѣ велѣніе дѣйствовать такъ или иначе, но не всегда само есть велѣніе чьей-либо воли. Такъ мы знаемъ, что всѣ техническія правила суть не чьи-либо велѣнія, а необходимые логическіе выводы изъ законовъ соотвѣтствующихъ явленій. Такъ точно и нравственныя нормы, насколько онѣ не составляютъ часть божественнаго откровенія, не установляются волей, а вытекаютъ изъ нравственнаго чувства. То же самое примѣнимо и къ юридическимъ нормамъ. Насколько онѣ слагаются въ формѣ юридическихъ обычаевъ, онѣ не представляются актами повелѣвающей воли.

Въ этомъ смыслѣ совершенно правъ Цительманъ, оспаривающій волевой характеръ юридическій, юридическихъ нормъ. Но онъ идетъ уже слишкомъ далеко, утверждая, что юридическія нормы и по содержанію своему не суть велѣнія, а только сужденія о причинной связи юридическихъ фактовъ. Онъ самъ признаетъ, что юридическая норма есть гипотетическое сужденіе о должномъ, а сужденіе о должномъ по содержанію своему есть, конечно, велѣніе. Съ другой стороны и опредѣляемая юридическими нормами связь юридическихъ фактовъ не есть дѣйствительно и необходимо существующая, а только долженствующая быть установленной людьми, руководящимися въ своей дѣятельности данной юридической нормой.

Юридическія нормы, какъ правила должнаго, не могутъ представлять собою дозволеній, опредѣленій, описаній. Однако, статьи закона иногда имѣютъ такую форму и это послужило основаніемъ довольно распространенному мнѣнію, будто, кромѣ повелительныхъ, бываютъ также дозволительныя и опредѣлительныя нормы. Мнѣніе это находило себѣ сторонниковъ уже между римскими юристами. Такъ, Геренній Модестинъ раз-

личалъ четыре категоріи законовъ: legis virtus, говоритъ онъ, est imperare, vetare, permittere, punire. Но и тогда это мнѣніе было спорнымъ и Цицеронъ, напримѣръ, допускалъ существованіе только повелительныхъ и запретительныхъ законовъ: legem esse aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia—aut cogentis aut vetantis ad jubendum et ad deterrendum idonea (De legibus, II, c. 4).

Логическая несостоятельность классификаціи Модестина очевидна. Нельзя, въ самомъ дѣлѣ, на ряду съ imperare vetare, permittere ставить punire, какъ будто уголовные законы, установляющіе наказанія, не содержатъ въ себѣ велѣнія суду наказывать преступниковъ. Тѣмъ не менѣе формула Модестина долго пользовалась непререкаемымъ авторитетомъ. Только Савиньи нанесъ ей рѣшительный ударъ, доказавъ невозможность выдѣленія, какъ особой группы, нормъ наказывающихъ. О противоположеніи запретительныхъ нормъ наказывающихъ никто уже послѣ Савиньи не думаетъ. Но попытки отстоять существованіе дозволительныхъ нормъ скоро появились вновь. Однимъ изъ первыхъ сторонниковъ существованія дозволительныхъ нормъ явился Тель, признающій, кромѣ того, еще существованіе и *опредѣлительныхъ нормъ.*

Не трудно, однако, убѣдиться, что опредѣлительная, описательная, дозволительная форма статей закона не измѣняетъ существа выражаемыхъ ими юридическихъ нормъ. Если въ законодательномъ актѣ содержится статья, представляющаяся по формѣ своей опредѣленіемъ, она въ дѣйствительности, въ практическомъ своемъ примѣненіи, всетаки сводится къ велѣнію. Такъ, если законъ даетъ опредѣленіе какой-нибудь юридической сдѣлки или какого-нибудь преступленія, это означаетъ велѣніе всѣ юридическія послѣдствія, связанныя съ данной сдѣлкой или съ даннымъ преступленіемъ, относить лишь къ тѣмъ человѣческимъ дѣйствіямъ, которыя подходятъ подъ это опредѣленіе. Все дѣло въ томъ, что тутъ юридическая норма выражена не одной статьей, а нѣсколькими: въ одной дается опредѣленіе, въ другихъ указываются юридическія послѣдствія, связываемыя съ подходящими подъ данное опредѣленіе фактами.

Иногда законодатель, вмѣсто повелительной формы выраженія, употребляетъ описательную; вмѣсто того, чтобы сказать, что такія-то лица должны то-то дѣлать, онъ говоритъ, что они это дѣлаютъ. Такъ постановленіе ст. 47 основныхъ законовъ, что „Имперія Россійская управляется на твердомъ основаніи законовъ", означаетъ, конечно, что она *должна* такъ управляться, потому что и законодатель не могъ отрицать возможности фактическихъ уклоненій отъ этого правила. Точно также, когда законъ описываетъ составъ и устройство государственныхъ учрежденій, говорятъ, что они состоятъ изъ такихъ-то лицъ, имѣютъ такую-то организацію, это означаетъ въ дѣйствительности, что они должны имѣть

опредѣленные закономъ составъ и устройство. Замѣна повелительной формы выраженія описательной объясняется или просто большимъ удобствомъ изложенія, большею краткостью, или иногда желаніемъ придать постановленію закона большую безусловность. Повелительная форма сама собой какъ бы предполагаетъ возможность несоотвѣтствія фактической дѣйствительности тому, что должно быть; описательная форма, излагающая должное, какъ существующее, напротивъ, какъ бы вовсе исключаетъ и самую мысль о возможности несоотвѣтствія дѣйствительнаго должному.

Но болѣе всего сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о существованіи дозволительныхъ нормъ. И защитники существованія дозволительныхъ нормъ основываются прежде всего на фактѣ существованія дозволительныхъ статей въ любомъ законодательствѣ. Но къ этому присоединяютъ и соображенія болѣе общаго теоретическаго характера.

Въ законодательныхъ постановленіяхъ дѣйствительно нерѣдко встрѣчаются статьи дозволительнаго характера. Такія статьи довольно разнообразны. Ихъ можно раздѣлить на четыре отдѣльныя группы.

Первую группу составляютъ статьи историческаго происхожденія, а именно указывающія на отмѣну прежде существовавшей запретительной нормы. Отмѣна запрещенія есть, конечно, дозволеніе, но она не устанавливаетъ новой нормы, а только уничтожаетъ старую.

Затѣмъ бываютъ дозволительныя статьи редакціоннаго характера. Общимъ образомъ выраженное дозволеніе служитъ въ такихъ случаяхъ только вступленіемъ къ изложенію отдѣльныхъ запрещеній, ограничивающихъ общее дозволеніе. За статьей, гласящей, что „всякому дозволяется то-то и то-то“, слѣдуетъ рядъ статей, перечисляющихъ случаи, которые „изъ сего изъемлются“. Очевидно, юридическая норма содержится именно въ частныхъ запрещеніяхъ, а не въ общемъ дозволеніи. Если бы общее дозволеніе было вовсе опущено, въ содержаніи юридической нормы ничего бы не измѣнилось, измѣнилась бы только форма ея изложенія. Будетъ ли сказано, что данное дѣйствіе дозволяется за исключеніемъ такихъ-то случаевъ, или просто, что въ такихъ-то случаяхъ оно запрещено,—совершенно одно и то же.

Больше сомнѣній могутъ возбудить дозволительныя статьи третьей категоріи. При опредѣленіи власти государственныхъ учрежденій нерѣдко встрѣчаются статьи, постановляющія, что учрежденіе *можетъ* предпринимать тѣ или другія мѣры. Дозволительная форма статей тутъ получаетъ тѣмъ большую силу, что на ряду съ ними обыкновенно имѣются статьи, редижированныя въ формѣ велѣній. Но и такія статьи не выражаютъ въ дѣйствительности дозволительныхъ нормъ. Дѣло объясняется слѣдующимъ образомъ. Законодательство, опредѣляя формы дѣятельности какого-нибудь учрежденія, напр. суда, въ нѣкоторыхъ случаяхъ вмѣняетъ ему въ безусловную обязанность совершеніе тѣхъ или другихъ дѣйствій,

если имѣются налицо извѣстныя фактическія обстоятельства; суду при этомъ не предоставляется входить въ разсмотрѣніе вопроса, насколько необходимо или полезно будетъ это въ данномъ случаѣ. Но иногда законъ, напротивъ, возлагаетъ на самый судъ рѣшеніе вопроса о надобности и ненадобности данной мѣры въ каждомъ конкретномъ случаѣ; такъ вотъ это и выражается постановленіемъ закона, что судъ можетъ принять такую-то мѣру. Это не значитъ вовсе, чтобы судъ могъ по произволу своему принимать или не принимать этой мѣры. Разъ надобность мѣры имъ признана, судъ обязанъ ее примѣнить. Слѣдовательно, суду такими законами вовсе не дается простое дозволеніе, а возлагается, напротивъ, двойная обязанность: и оцѣнить надобность мѣры и примѣнить ее въ случаѣ признанія необходимости. Точно также, если законъ постановляетъ, что полиція *можетъ* при извѣстныхъ условіяхъ требовать содѣйствія войскъ, это значитъ, что въ случаѣ признанной ею надобности она и *должна* это сдѣлать.

Четвертую категорію мнимо-дозволительныхъ нормъ составляютъ нормы, установляющія альтернативныя обязанности, когда дается не прямое велѣніе выполнить то-то, а предоставляется на выборъ выполнить одно изъ альтернативно предписанныхъ дѣйствій. Но само собой разумѣется, что и альтернативное велѣніе есть всетаки велѣніе, и альтернативныя нормы поэтому повелительныя нормы. Дозволительнаго въ нихъ развѣ то, что онѣ представляютъ выборъ между двумя альтернативными обязанностями. Но, конечно, юридическое значеніе ихъ не въ дозволеніи выбора, а въ запрещеніи сдѣлать выборъ внѣ устанавливаемой ими альтернативы.

Такимъ образомъ, всѣ приводимые примѣры яко-бы дозволительныхъ нормъ оказываются несостоятельными. Остается разобрать еще одинъ доводъ, болѣе общаго характера. Отстаивая существованіе дозволительныхъ нормъ и стараясь объяснить ихъ значеніе, нѣкоторые отвергаютъ и то общее положеніе, что все незапрещенное дозволено. Въ подтвержденіе указываютъ, что не запретить не то же, что позволить. Отсутствіе запрета не создаетъ еще права на незапрещенное дѣйствіе; напротивъ, дозволеніе чего-либо юридической нормой установляетъ соотвѣтствующее право. Чтобы отвѣтить на этотъ доводъ, надо прежде всего установить точно смыслъ спорнаго положенія: все незапрещенное дозволено. Если дозволеніе считать равносильнымъ праву, если понимать такъ, что на все дозволенное человѣкъ имѣетъ право, то тогда безспорно незапрещенное нельзя считать дозволеннымъ. Незапрещеніе само по себѣ не можетъ установить права, потому что право, какъ мы увидимъ ниже, предполагаетъ всегда соотвѣтствующую обязанность. А изъ того, что законъ чего-либо не запрещаетъ кому, вовсе еще не слѣдуетъ, чтобы онъ этимъ самымъ возлагалъ на другихъ обязанность не мѣшать ему

въ осуществленіи незапрещенныхъ дѣйствій. Законъ никому не запрещаетъ любоваться на солнечный закатъ. Но это не значитъ еще, чтобы я обязанъ былъ поэтому не загораживать своими постройками открытаго вида на западъ. Никому не запрещено любоваться на закатъ, но *права* на это законъ не установляетъ. Но если одно незапрещеніе не создаетъ права, то точно также не создаетъ его и прямое дозволеніе. Дозволить одному не значитъ обязать другого. Дозволенное дѣйствіе можетъ стать правомъ только, когда будетъ *запрещено* совершеніе всего мѣшающаго дозволеннымъ дѣйствіямъ, потому что только при этомъ условіи будетъ установлена соотвѣтствующая обязанность. Такимъ образомъ, право можетъ быть остановлено только запрещеніемъ, а не дозволеніемъ.

Итакъ, всѣ юридическія нормы суть велѣнія, но велѣнія могутъ быть различнаго рода, сообразно различію способовъ разграниченія сталкивающихся интересовъ. Разграниченіе интересовъ непремѣнно требуетъ ограниченія осуществленія или обоихъ столкнувшихся интересовъ, или по крайней мѣрѣ одного изъ нихъ. Иначе, стремясь къ возможно полному осуществленію, каждый изъ нихъ мѣшалъ бы осуществленію другого. Всѣ возможныя ограниченія осуществленія сталкивающихся интересовъ могутъ быть сведены къ двумъ формамъ: къ *запрещенію* дѣйствій, препятствующихъ возможности осуществленія чужого интереса, и къ *требованію* совершенія дѣйствій, необходимыхъ для возможности его осуществленія. Поэтому велѣніе юридической нормы можетъ быть или *положительное*, или *отрицательное*; или собственно *велѣніе*, или *запретъ*.

Правда, любое велѣніе можно выразить въ формѣ запрета и любой запретъ въ формѣ велѣнія. Повелѣть совершеніе дѣйствія все равно, что запретить его несовершеніе. Но это не уничтожаетъ значенія различія положительныхъ и отрицательныхъ нормъ, велѣній и запретовъ. Ихъ различіе сказывается главнымъ образомъ въ различномъ характерѣ налагаемыхъ ими обязанностей. Повелѣнія установляютъ обязанности содѣянія, положительныя обязанности; запреты—обязанности воздержанія отъ дѣйствія, отрицательныя обязанности. Этимъ различіемъ обязанностей обусловливается, какъ мы уже знаемъ, возможность принудительнаго осуществленія велѣній юридическихъ нормъ. Запретительныя нормы всѣ допускаютъ принудительное осуществленіе. Изъ повелительныхъ— только налагающія обязанность предоставленія другому какой-либо вещи, но не обязанности личнаго дѣйствія.

§ 24. Элементы юридической нормы.

Цитовичъ. Курсъ гражданскаго права, I, стр. 45. *Binding.* Normen, I, S. 74.

Юридическія нормы суть не только *велѣнія*, но вмѣстѣ съ тѣмъ суть всегда *условныя велѣнія*. Разграниченіе интересовъ не допускаетъ

примѣненія безусловныхъ правилъ. Мѣра ограниченій, установляемыхъ для осуществленія каждаго интереса, мѣняется, смотря по тому, въ отношеніи къ какому именно другому интересу онъ ограничивается. Одинъ и тотъ же интересъ при столкновеніи съ иными интересами подвергается большимъ ограниченіямъ, при столкновеніи съ другими—меньшимъ. Юридическая норма осуществленія каждаго интереса обусловлена поэтому тѣмъ, какому другому интересу онъ въ данномъ случаѣ противополагается. Противоположеніе тому или другому интересу зависитъ отъ соотвѣтствующей фактической обстановки осуществленія интереса. Поэтому примѣненіе юридической нормы становится въ зависимость отъ наличности извѣстныхъ фактовъ. Безусловныхъ юридическихъ нормъ нѣтъ. Даже такая безусловная съ нравственной точки зрѣнія норма, какъ запретъ посягать на неприкосновенность человѣческой жизни, въ качествѣ юридической нормы не безусловна. Большинство интересовъ должны, правда, уступать интересу сохраненія жизни, но не всѣ. Въ случаяхъ необходимой обороны, на войнѣ, при осуществленіи карательной власти государства лишеніе жизни правомъ допускается.

Итакъ, всѣ юридическія нормы суть условныя правила. Поэтому каждая юридическая норма состоитъ естественно изъ двухъ элементовъ: изъ опредѣленія условій примѣненія правила и изложенія самаго правила. Первый элементъ называется *гипотезой* или *предположеніемъ;* второй—*диспозиціей* или *распоряженіемъ.* Каждая юридическая норма можетъ быть, слѣдовательно, выражена въ такой формѣ: *если—то;* напр.: если у умершаго нѣсколько сыновей, то имущество дѣлится между ними поровну; если кто похититъ тайно чужую вещь, онъ подвергается тюремному заключенію. Это не значитъ, однако, чтобы каждая статья закона непремѣнно заключала въ себѣ эти два элемента. Норма можетъ быть выражена нѣсколькими статьями, и тогда гипотеза можетъ заключаться въ одной статьѣ, диспозиція въ другой. Кромѣ того, норма можетъ быть выражена безъ прямого указанія ея условности. Вмѣсто „если—то“ можетъ быть употреблена формула: „тотъ, кто сдѣлаетъ то-то, подвергается тому-то“ или „имущество, которое—поступаетъ тому-то“ и т. п. Но всѣ такія формулы, очевидно, безъ труда сводятся къ основной, общей формулѣ: „если—то“. Мы называемъ ее основной потому, что къ ней могутъ быть сведены всѣ безъ исключенія юридическія нормы, между тѣмъ какъ другія формулы примѣнимы не во всѣхъ случаяхъ. Напримѣръ, правилъ о раздѣлѣ наслѣдства не выразить въ формулѣ „тотъ, кто сдѣлаетъ то-то, долженъ получить то-то“. Какъ велѣніе есть общая форма для всѣхъ юридическихъ нормъ, такъ *гипотеза* или *диспозиція* суть общія ихъ элементы.

И гипотеза и диспозиція могутъ принимать различныя формы. Гипотеза можетъ быть выражена или въ общей *абстрактной* формѣ, или

въ конкретной, *казуистической*. Фактическія обстоятельства, обусловливающія примѣненіе нормы, могутъ быть опредѣлены общими родовыми признаками—это абстрактная форма гипотезы; они могутъ быть опредѣлены также спеціальными, частными признаками—это казуистическая форма. Въ исторической послѣдовательности казуистическая форма предшествуетъ абстрактной. Мышленіе у первобытныхъ, мало развитыхъ народовъ вообще совершается въ болѣе конкретныхъ формахъ. Юридическія нормы получаютъ первоначально характеръ правилъ на частный случай и только мало-по-полу, путемъ обобщенія такихъ частныхъ правилъ, вырабатываются общія абстрактныя опредѣленія.

Казуистическая форма неудобна, такъ какъ ведетъ къ чрезмѣрному увеличенію числа отдѣльныхъ нормъ и вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлаетъ невозможнымъ достигнуть полноты юридическихъ опредѣленій. При казуистическомъ характерѣ нормъ каждый частный случай требуетъ для себя особой юридической нормы. Въ виду же безконечнаго разнообразія возможныхъ случаевъ столкновенія интересовъ, казуистическія нормы, каково-бы то ни было ихъ число, никогда не могутъ обнять всѣхъ встрѣчающихся въ жизни случаевъ. Абстрактная форма и въ томъ и въ другомъ отношеніи представляетъ большія удобства. Абстрактное опредѣленіе сразу объемлетъ всѣ однородные случаи. Поэтому оно требуетъ меньшаго числа отдѣльныхъ нормъ и вмѣстѣ даетъ возможность достигнуть гораздо большей полноты. Но и абстрактная форма имѣетъ свои неудобства. Слишкомъ общія положенія неизбѣжно ведутъ къ неопредѣленности практическаго ихъ примѣненія. При казуистической формѣ не можетъ быть сомнѣній, примѣнима юридическая норма къ данному случаю или нѣтъ; при абстрактной подведеніе конкретнаго случая подъ общее отвлеченное опредѣленіе открываетъ широкій просторъ для противорѣчивыхъ толкованій.

Кромѣ различія казуистической и абстрактной нормы, гипотеза представляетъ еще различія *по степени ея опредѣленности*. Она можетъ быть безусловно опредѣленной, неопредѣленной и относительно опредѣленной. Безусловно опредѣленная гипотеза имѣется, когда въ самой нормѣ прямо опредѣлены обусловливающіе ее факты; когда, напримѣръ, опредѣляется, что при заключеніи сдѣлокъ на сумму выше пяти рублей должно ихъ оплачивать гербовымъ сборомъ. Безусловно неопредѣленная гипотеза имѣется, когда сама норма не заключаетъ въ себѣ опредѣленія обусловливающихъ ея примѣненія фактовъ, а предоставляетъ ихъ опредѣленіе какому-нибудь органу власти, напримѣръ, если законъ предоставляетъ *въ случаѣ надобности* принимать какую-либо мѣру, то эта гипотеза безусловно неопредѣленная. При какихъ условіяхъ является надобность, законъ не опредѣляетъ, а предоставляетъ опредѣлить свободному усмотрѣнію органа, на который возложено осуществленіе нормы.

Въ такомъ случаѣ органъ, призванный осуществлять норму, получаетъ т. н. *дискреціонную* власть, власть дѣйствовать, руководствуясь только соображеніями цѣлесообразности, а не формальными опредѣленіями права. Относительно опредѣленная гипотеза получается, когда законъ ограничиваетъ чѣмъ-нибудь свободу рѣшенія вопроса объ умѣстности или неумѣстности примѣненія юридической нормы; напримѣръ, если принятіе извѣстной мѣры предписывается только въ случаѣ появленія эпидеміи, но не безусловно, а подъ условіемъ признанія ея необходимости компетентною къ тому властью. Въ такомъ случаѣ эта норма при отсутствіи эпидеміи вовсе не можетъ быть примѣняема; въ случаѣ же появленія эпидеміи—только подъ условіемъ признанія ея необходимости.

Нормы съ безусловно или относительно неопредѣленной гипотезой всего чаще встрѣчаются въ административномъ правѣ, а также довольно часто и въ правѣ процессуальномъ, предоставляющемъ суду изрядную долю дискреціонной власти. Необходимость существованія такихъ нормъ обусловливается необыкновеннымъ разнообразіемъ тѣхъ фактовъ, съ которыми приходится имѣть дѣло администраціи, а отчасти и суду, и невозможностью оцѣнить значеніе этихъ фактовъ безъ соображенія всей индивидуальной обстановки каждаго конкретнаго случая въ отдѣльности. Поэтому неподвижное опредѣленіе законъ приходится иногда замѣнять подвижнымъ, легко приспособляющимся къ измѣнчивой индивидуальной обстановкѣ фактовъ, личнымъ усмотрѣніемъ администраторовъ и судей.

Различіе казуистической и абстрактной формы неприложимо къ диспозиціи. Она содержитъ въ себѣ правило, велѣніе и потому не имѣетъ дѣла съ тѣмъ или другимъ опредѣленіемъ различныхъ казусовъ. Диспозиціи различаются только по степени ихъ опредѣленности. Подобно гипотезѣ и диспозиція можетъ быть абсолютно-опредѣленной, абсолютно-неопредѣленной и относительно-опредѣленной. При *абсолютно-опредѣленной диспозиціи* въ самой нормѣ точно опредѣляется, какъ должно поступать при наличности указанныхъ въ гипотезѣ фактовъ. Таковы, напр., постановленія, что просроченный вексель теряетъ вексельную силу, что престолъ переходитъ къ старшему сыну последне-царствовавшаго императора. Опредѣленія тутъ такъ категоричны, что не оставляютъ вовсе мѣста для усмотрѣнія заинтересованныхъ лицъ или для органа власти, призваннаго блюсти за соблюденіемъ этихъ нормъ. Неопредѣленная диспозиція, напротивъ, ограничивается только ссылкой на такое усмотрѣніе, все предоставляя ему и отказываясь сама опредѣлить подлежащее примѣненію правило. Примѣромъ могутъ служить постановленія, предоставляющія полиціи принимать, въ случаѣ народныхъ возмущеній, всѣ необходимыя мѣры для возстановленія тишины и спокойствія, или въ случаѣ эпидеміи— всѣ необходимыя мѣры для предупрежденія распространенія заразитель-

ной болѣзни. Сюда же относятся тѣ уголовные законы, которые, не устанавливая опредѣленнаго наказанія, ограничиваются требованіемъ наказать преступника, смотря по винѣ или по всей строгости законовъ. Въ такомъ случаѣ выборъ наказанія принадлежитъ суду.

Въ указанныхъ примѣрахъ ближайшее опредѣленіе подлежащаго примѣненію правила предоставляется всетаки органамъ власти, полиціи и суду. Эти органы обязаны выполнить возложенную на нихъ функцію и могутъ быть, въ случаѣ надобности, къ тому принуждены. Но существуютъ и такія нормы, которыя предоставляютъ это заинтересованнымъ частнымъ лицамъ. Такова, напр., норма, опредѣляющая, что имущество умершаго поступаетъ тому, кого умершій назначилъ въ своемъ завѣщаніи наслѣдникомъ, или, что въ случаѣ заключенія гражданскихъ договоровъ подробности отношеній между контрагентами опредѣляются ихъ собственнымъ оглашеніемъ. Норма тутъ ограничивается опредѣленіемъ, что въ такихъ-то случаяхъ возможное столкновеніе должно быть урегулировано опредѣленнымъ правиломъ, но самое установленіе этого правила предоставляется волѣ заинтересованныхъ лицъ посредствомъ завѣщанія или договора. Однако, правило для разграниченія могущихъ прійти въ столкновеніе интересовъ должно быть установлено, а между тѣмъ нѣтъ никакой гарантіи въ томъ, что заинтересованныя частныя лица дѣйствительно его установятъ. Опытъ показываетъ, напротивъ, что они очень часто не пользуются предоставленной имъ властью. Поэтому нормы такого рода, предоставляющія ближайшее опредѣленіе правила автономіи заинтересованныхъ лицъ, всетаки и сами установляютъ правило для примѣненія его на случай, если волею заинтересованныхъ лицъ таковаго установлено не будетъ. Слѣдовательно, заинтересованнымъ лицамъ предоставляется самимъ опредѣлить способъ разграниченія ихъ интересовъ. Если же они этого не сдѣлаютъ, примѣняется установленное на этотъ случай самой юридической нормой правило. Такія нормы, находящія себѣ примѣненіе лишь въ томъ случаѣ, если заинтересованныя лица сами не установятъ иного разграниченія своихъ интересовъ, носятъ названіе *диспозитивныхъ нормъ;* а въ противоположность имъ, нормы, имѣющія безусловно обязательную силу, не предоставляющія опредѣленія способа разграниченія интересовъ самимъ заинтересованнымъ лицамъ, называются *нормами прецептивными*. Ренненкампфъ предложилъ взамѣнъ этихъ русскія названія; диспозитивныя нормы онъ называетъ *распорядительными;* прецептивныя — *повелительными*. Но эти названія не вошли у насъ въ употребленіе.

Относительно-опредѣленная диспозиція можетъ имѣть двѣ формы. Могутъ быть, во-первыхъ, установлены только крайніе предѣлы, между которыми предоставляется выбирать подходящую мѣру разграниченія интересовъ компетентной власти или заинтересованнымъ лицамъ. На-

примѣръ, опредѣляется максимумъ и минимумъ, или только максимумъ подлежащаго наложенію штрафа, или опредѣляется максимумъ возможнаго срока договорнаго отношенія, напримѣръ, для личнаго найма пять лѣтъ, съ предоставленіемъ сторонамъ назначать и болѣе короткій срокъ. Другая форма относительно-опредѣленной диспозиціи есть форма альтернативная, когда на выборъ установляются двѣ или нѣсколько мѣръ. Напримѣръ, суду предоставляется назначать иногда по его усмотрѣнію или денежный штрафъ, или лишеніе свободы, или слѣдователю предоставляется или подвергнуть привлеченнаго къ слѣдствію аресту, или взять съ него залогъ, или отпустить на поруки. Бываютъ и такія нормы, которыя выборъ, въ предѣлахъ установленной ими альтернативы, предоставляютъ заинтересованнымъ лицамъ. Такъ, потерпѣвшій отъ преступленія можетъ по своему желанію предъявить искъ о вознагражденіи за убытки или въ уголовномъ судѣ, или въ гражданскомъ, контрагентъ казны, недовольный разсчетомъ, можетъ или обратиться съ жалобой къ административному начальству или съ искомъ въ судъ.

Все сказанное объ юридическихъ нормахъ имѣетъ совершенно общее значеніе. Гипотеза и диспозиціи суть необходимые элементы каждой юридической нормы, слѣдовательно и законовъ уголовныхъ, опредѣляющихъ наказуемость преступныхъ дѣяній. Но въ силу особеннаго положенія, какое занимаютъ въ общей системѣ права уголовные законы, ихъ элементамъ обыкновенно присвоиваются другія названія. Каждый уголовный законъ состоитъ непремѣнно изъ двухъ частей: въ первой опредѣляются признаки наказуемаго дѣянія, во второй—самое наказаніе. Каждый уголовный законъ можетъ быть выраженъ въ такой формѣ: *если* кто совершитъ такое-то дѣяніе; онъ подвергается такому-то наказанію. Но дѣло въ томъ, что въ современномъ законодательствѣ обыкновенно нѣтъ особыхъ постановленій, установляющихъ запрещеніе преступныхъ дѣяній. О запрещенности дѣянія заключаютъ лишь изъ его наказуемости. Поэтому первая часть уголовнаго закона, кромѣ опредѣленія условій примѣненія наказанія, указаннаго во второй части, содержитъ въ себѣ еще, такъ сказать, и диспозицію другой нормы—нормы, установляющей запрещеніе преступнаго дѣянія. Вотъ почему криминалисты называютъ обыкновенно первую часть уголовнаго закона—диспозиціей. Что касается второй части уголовныхъ законовъ, то ее обыкновенно называютъ *санкціей*. Это потому, что установляемое наказаніе есть санкція дѣйствительнаго соблюденія какой-нибудь другой нормы, такъ какъ непремѣннымъ условіемъ примѣненія наказанія служитъ наличность нарушенія права.

§ 25. Содержаніе юридическихъ нормъ.

Смотря по различію самыхъ разграничиваемыхъ интересовъ и по различію принятыхъ въ руководство правовыхъ принциповъ, содержаніе

юридическихъ нормъ бываетъ крайне разнообразно. Подробное ознакомленіе съ разнообразнымъ ихъ содержаніемъ даютъ спеціальныя юридическія науки, изучающія отдѣльныя отрасли права или отдѣльныя національныя и историческія системы права. Общая теорія должна тутъ ограничиться лишь самыми общими положеніями и указаніемъ лишь общихъ основныхъ категорій, къ которымъ можетъ быть сведено все разнообразіе содержанія юридическихъ нормъ. Такое обобщеніе возможно, такъ какъ осуществленіе всѣхъ человѣческихъ интересовъ при всемъ ихъ разнообразіи всетаки обставлено одними и тѣми же общими условіями.

Для осуществленія каждаго своего интереса человѣкъ нуждается въ пользованіи силами, посредствомъ которыхъ производитъ онъ измѣненія данныхъ условій его существованія согласно преслѣдуемымъ цѣлямъ. Для производства любого средства удовлетворенія человѣческихъ потребностей необходимо требуется затрата извѣстной силы. Между тѣмъ силъ, удобно поддающихся пользованію человѣка, ограниченное количество. Избытка въ нихъ не бываетъ. Поэтому столкновеніе интересовъ всегда получаетъ форму борьбы изъ-за пользованія потребными для ихъ осуществленія силами. А отсюда само собой опредѣляется, каково должно быть общее содержаніе юридическихъ нормъ.

Если столкновеніе интересовъ всегда выражается въ борьбѣ изъ-за пользованія силами, то разграниченіе интересовъ можетъ быть достигнуто только установленіемъ опредѣленнаго порядка пользованія служащими къ ихъ осуществленію силами. Юридическая норма всегда опредѣляетъ, кто, чѣмъ и въ какомъ объемѣ можетъ пользоваться, но дѣлается это, какъ мы видѣли, всегда въ формѣ велѣній. Она повелѣваетъ: 1) не пользоваться для осуществленія своихъ интересовъ потребными къ тому силами внѣ установленныхъ нормой рамокъ и 2) совершать дѣйствія, дѣлающія для другихъ возможнымъ пользоваться соотвѣтственными силами въ предоставленныхъ имъ правомъ предѣлахъ.

Итакъ, каждая юридическая норма содержитъ опредѣленіе порядка пользованія силами для осуществленія разнообразныхъ человѣческихъ интересовъ, съ цѣлью устранить ихъ столкновеніе. Такъ какъ соотношеніе различныхъ сталкивающихся интересовъ неодинаково, то сообразно съ этимъ и содержаніе юридическихъ нормъ, сохраняя свой общій характеръ, представляетъ, однако, въ опредѣленіи порядка пользованія существенныя различія.

Всѣ разнообразные случаи столкновенія интересовъ могутъ быть сведены къ тремъ типамъ. Это можетъ быть: 1) столкновеніе совершенно одинаковыхъ интересовъ различныхъ лицъ, 2) столкновеніе неодинаковыхъ, но равноцѣнныхъ интересовъ и 3) столкновеніе неравноцѣнныхъ интересовъ.

Столкновеніе одинаковыхъ интересовъ представляетъ ту особенность, что на разграниченіе интересовъ тутъ не можетъ влiять ихъ различіе. Такъ какъ оба столкнувшiеся интереса предполагаются совершенно одинаковыми, то нѣтъ никакого основанія оказывать какому-либо изъ нихъ предпочтеніе предъ другимъ. Поэтому, если осуществленіе этихъ интересовъ оказывается совмѣстимымъ, то разграниченіе ихъ можетъ быть установлено не иначе, какъ по началу полнаго равенства. Осуществленіе каждаго допускается въ равномъ объемѣ. Если же осуществленіе сталкивающихся интересовъ представляется несовмѣстнымъ, такъ что осуществленъ можетъ быть только одинъ изъ нихъ, то, за отсутствіемъ какого-либо разумнаго основанія для выбора между двумя совершенно одинаковыми интересами, рѣшеніе предоставляется случаю. Это дѣлается въ различныхъ формахъ. Напр., пользованіе предоставляется первому захватившему вещь по правилу qui prior tempore, potior est jure. Въ случаяхъ общей опасности, когда спасеніе одного можетъ быть достигнуто только цѣною гибели другого, дѣло рѣшается случайнымъ исходомъ борьбы лицъ, настигнутыхъ бѣдой, изъ которыхъ каждый стремится спастись на счетъ другого по праву крайней необходимости. Иногда дѣла рѣшаются прямо жребіемъ.

Интересы неодинаковые, но равноцѣнные, также могутъ быть или совмѣстимыми, или нѣтъ. Совмѣстимые равноцѣнные интересы разграничиваются, какъ и одинаковые, по началу равенства, но равенство тутъ иное. Къ разграниченію одинаковыхъ интересовъ примѣняется равенство простое, т. н. ариѳметическое. Каждому интересу предоставляется одинаковое количество силъ. Къ разграниченію равноцѣнныхъ, но различныхъ интересовъ примѣняется принципъ пропорціональнаго или т. н. геометрическаго равенства. Различные интересы требуютъ для своего осуществленія весьма различное количество силы. Поэтому равенство такихъ интересовъ было бы фиктивнымъ, если бы требующему большаго количества силы было предоставлено столько же, сколько и другому, требующему сравнительно ничтожное количество силъ. При такомъ условіи одинъ интересъ получилъ бы для осуществленія излишнее количество силъ, другой—недостаточное. Дѣйствительно равенство въ ихъ осуществленіи достигнуто не было бы. Поэтому въ такихъ случаяхъ примѣняется равенство пропорціональное, т. е. силы распредѣляются между разграничиваемыми интересами не поровну, а пропорціонально количеству, потребному для полнаго осуществленія каждаго изъ интересовъ.

Въ случаѣ несовмѣстимости равноцѣнныхъ интересовъ выборъ между ними не необходимо предоставляется случаю. Такъ какъ равноцѣнные интересы всетаки различны, то можно найти и другія основанія для выбора. Такъ, одинъ изъ равноцѣнныхъ интересовъ можетъ оказаться интересомъ большинства, другой—интересомъ меньшинства. Понятно,

что въ такомъ случаѣ предпочтеніе отдается интересу большинства. Далѣе, интересы могутъ различаться, какъ старый и новый. Старый, уже завоевавшій себѣ общее признаніе, уже привычный, естественно предпочитается новому.

Неравноцѣнными интересы могутъ быть или по *субъекту* (смотря по тому, *чьи* это интересы), или *по содержанію* (смотря по тому, *какіе* это интересы). Признаніе интересовъ неравноцѣнными по ихъ субъекту находитъ себѣ особенно широкое примѣненіе при сословномъ строѣ общества. Интересы привилегированныхъ сословій цѣнятся конечно выше интересовъ низшихъ сословій. Но сословныя различія не единственное основаніе различной оцѣнки интересовъ по ихъ субъекту. Такъ, прежде всего, интересы общіе естественно предпочитаются интересамъ частнымъ. Напримѣръ, интересы государства цѣнятся выше интересовъ провинціи, общины; интересы общины выше интересовъ отдѣльнаго лица. Кромѣ того, и отдѣльныя лица могутъ быть поставлены въ такое соотношеніе, что интересы одного будутъ цѣниться выше интересовъ другого. Такъ, въ случаѣ правонарушенія, интересы потерпѣвшаго ставятся выше интересовъ правонарушителя. Или еще другой случай: когда приходится выбирать между возможной гибелью матери и утробнаго младенца, жизнь матери цѣнится выше, такъ какъ она ужъ существуетъ, какъ самостоятельное лицо, а утробный младенецъ только можетъ быть будетъ существовать. Оцѣнка интересовъ по содержанію зависитъ всегда отъ нравственныхъ воззрѣній, существующихъ въ данномъ обществѣ, въ данное время. Выше цѣнимому интересу, конечно, оказывается при разграниченіи предпочтеніе, и степень предпочтенія опредѣляется относительной оцѣнкой разграничиваемыхъ интересовъ.

Для ближайшаго выясненія содержанія юридическихъ нормъ слѣдуетъ еще указать на то, что кромѣ частныхъ интересовъ, сталкивающихся въ каждомъ данномъ случаѣ при разграниченіи ихъ, принимаются въ соображеніе еще и общіе интересы, сопутствующіе, такъ сказать, всѣмъ частнымъ случаямъ столкновенія интересовъ. Самымъ общимъ изъ такихъ сопутствующихъ интересовъ является *интересъ мира*. Юридическая норма имѣетъ всегда своею цѣлью устраненіе столкновенія интересовъ, слѣдовательно миръ между субъектами этихъ интересовъ. Поэтому при разграниченіи какихъ бы то ни было интересовъ, кромѣ нихъ самихъ, всегда принимается въ соображеніе и интересъ мира. Недавно Гоббезъ основнымъ закономъ права считалъ правило: pax quaerenda est, а Гербартъ все право думалъ вывести изъ требованія устраненія спора. Миръ, какимъ бы образомъ ни былъ онъ достигнутъ, уже самъ по себѣ представляетъ выгоду. Онъ даетъ экономію силъ, которыя бы при отсутствіи мира тратились на борьбу. Онъ сообщаетъ опредѣленность отношеніямъ, дающую возможность съ увѣренностью разсчитывать на будущее, между

тѣмъ, какъ исходъ борьбы нельзя никогда предусмотрѣть съ полною увѣренностью. Поэтому хотя бы миръ достигался установленіемъ весьма стѣснительныхъ правилъ разграниченія интересовъ, онъ всетаки выгоднѣе, чѣмъ борьба. Въ виду такой цѣнности мира при разграниченіи любыхъ интересовъ всегда принимается въ соображеніе и интересъ мира, и предпочтеніе оказывается тому способу разграниченія, который наиболѣе обезпечиваетъ миръ. Поэтому, напримѣръ, право вообще склонно охранять уже фактически установившіяся отношенія по правилу beati possidentes. Поэтому фактическое состояніе, особенно если оно длится мирнымъ образомъ долгое время, превращается само собой въ право: отсюда пріобрѣтеніе собственности посредствомъ давностнаго, хотя бы и недобросовѣстнаго владѣнія. Поэтому же правовое притязаніе, не осуществленное въ теченіе опредѣленнаго срока, теряетъ свою силу (погасительная давность).

Кромѣ этого интереса мира, преслѣдуемаго каждой системой права, можно указать и другіе сопутствующіе интересы, не имѣющіе столь общаго значенія, такъ какъ они обусловливаются опредѣленными нравственными воззрѣніями. Таковъ, напримѣръ, интересъ свободы, далеко не вездѣ и не всегда преслѣдуемый правомъ. Въ современномъ правосознаніи цивилизованныхъ народовъ ему принадлежитъ, однако, весьма выдающаяся роль. Современное право предпочитаетъ всегда ceteris paribus такой способъ разрѣшенія интересовъ, который наименѣе стѣсняетъ личную свободу.

Кромѣ этихъ общихъ сопутствующихъ интересовъ каждое частное столкновеніе интересовъ затрогиваетъ попутно большее или меньшее число интересовъ, стоящихъ въ связи съ непосредственно сталкивающимися, и, конечно, эта связь интересовъ не можетъ не влiять на способъ ихъ разграниченія.

§ 26. Санкція юридическихъ нормъ.

Юридическія нормы, какъ велѣнія, обращенныя къ сознательной волѣ человѣка, могутъ быть имъ и не соблюдаемы и потому для своей силы нуждаются въ особыхъ обезпеченіяхъ ихъ дѣйствительнаго соблюденія. Необходимо какимъ нибудь образомъ понудить къ исполненію юридическихъ нормъ, иначе онѣ остались бы мертвою буквой. Средства понужденія къ исполненію юридическихъ нормъ называются ихъ *санкціей*. Въ чемъ же заключается санкція юридическихъ нормъ? Каждое нарушеніе юридической нормы порождаетъ новое столкновеніе противорѣчивыхъ интересовъ: съ одной стороны, интереса потерпѣвшаго отъ правонарушенія получить возмѣщеніе причиненныхъ ему правонарушеніемъ невыгодъ. Съ другой стороны и правона-

рушитель не признается безправымъ, и за нимъ всетаки охраняются правомъ извѣстные интересы. Столкновеніе и этихъ интересовъ вызываетъ установленіе соотвѣтствующей юридической нормы, опредѣляющей, какъ должно быть ограничено осуществленіе интересовъ правонарушителя въ интересахъ потерпѣвшаго. Поэтому можно сказать, что общее послѣдствіе нарушенія юридической тюрьмы есть примѣненіе новой нормы, регулирующей возникающіе изъ правонарушенія интересы. Но такимъ общимъ положеніемъ нельзя ограничиться. Необходимо выяснить, какъ же именно регулируются возникающіе изъ правонарушенія интересы.

Правонарушенія совершаются ради достиженія извѣстныхъ цѣлей; къ совершенію ихъ человѣка побуждаютъ его интересы, стѣсняемые велѣніями юридическихъ нормъ. Если бы правонарушенія не приводили къ болѣе полному осуществленію этихъ стѣсненныхъ интересовъ, не было бы и побужденія ихъ совершать. Поэтому первое средство обезпечить дѣйствительное соблюденіе юридическихъ нормъ—это сдѣлать дѣйствія, ихъ нарушающія, недостигающими своей цѣли. И дѣйствительно, послѣдствія нарушенія многихъ юридическихъ нормъ заключаются въ признаніи нарушающихъ ихъ дѣйствій ничтожными. Это такъ называемые leges perfecte. Нарушающія ихъ дѣйствія должны разсматриваться, въ отношеніи къ ихъ цѣли, какъ бы несовершившимися. Напр., по нашему законодательству, продажа недвижимости по домашнему акту признается ничтожной, неимѣющей никакого значенія. Имѣніе, проданное такимъ образомъ, считается непроданнымъ, купившій—непріобрѣвшимъ на него права собственности. Понятно, что этимъ лучше всего достигается дѣйствительное соблюденіе закона, требующаго, чтобы продажа недвижимости совершалась не иначе, какъ крѣпостнымъ порядкомъ. Разъ словеснымъ и вообще домашнимъ актомъ продажи не достигается перехода права собственности отъ одного лица къ другому, не можетъ быть и побужденія совершать такую продажу.

Законы, имѣющіе своей санкціей недѣйствительность нарушающихъ ихъ дѣйствій, называются совершенными потому, что они ближе всего подходятъ къ законамъ природы. Какъ явленія, противорѣчащаго законамъ природы, не можетъ произойти, такъ дѣйствіе, нарушающее такой совершенный законъ, разсматривается съ юридической точки зрѣнія несовершившимся.

Недѣйствительность правонарушительнаго дѣйствія можетъ имѣть различныя градаціи. Различаютъ, во-первыхъ, собственно *ничтожность* (nullitas) и *опорочиваемость* (rescissilitas). Ничтожность есть недѣйствительность, наступающая само собой въ силу лишь правонарушительнаго характера дѣйствія. Такъ, словесная продажа недвижимости ничтожна, хотя бы оба контрагента желали ея признанія. Опорочиваемость

есть недѣйствительность, наступающая лишь въ силу требованія заинтересованнаго лица. Напр. сдѣлка, заключенная подъ вліяніемъ угрозъ (metus), признается недѣйствительной только по заявленію о томъ заинтересованнаго лица.

Затѣмъ ничтожность бываетъ также *абсолютная* и *относительная*. Абсолютная ничтожность заключается въ томъ, что правонарушительное дѣйствіе считается безусловно несуществующимъ, какъ напр. словесная продажа недвижимости. Напротивъ, относительная ничтожность заключается въ недѣйствительности только нѣкоторыхъ особыхъ послѣдствій сдѣлки. Напр., вексель, выданный замужней женщиной безъ согласія мужа, не имѣетъ вексельной силы, но дѣйствителенъ, какъ заемное обязательство.

Можетъ быть, конечно, и такъ, что послѣдствія правонарушительнаго дѣйствія фактически уже наступили. Въ такомъ случаѣ признаніе дѣйствія ничтожнымъ сопровождается возстановленіемъ прежняго состоянія, измѣненнаго правонарушеніемъ, сопровождается *возстановленіемъ нарушеннаго права*. Такое возстановленіе нарушеннаго права совершается органами власти и можетъ заключаться: 1) или въ прекращеніи, если нужно силою, неправомѣрнаго состоянія (напримѣръ, выселеніемъ лица изъ принадлежащаго ему помѣщенія, отобраніемъ вещи изъ неправаго владѣнія и возвращеніемъ ея собственнику); или 2) въ совершеніи опущенной обязанности за счетъ виновнаго (напримѣръ, исправленіе мостовой).

Однако, бываютъ случаи, когда правонарушительное дѣйствіе уже само въ себѣ заключаетъ осуществленіе того интереса, ради котораго оно совершается (напримѣръ, изнасилованіе), или фактическія послѣдствія его неустранимы, нарушенное право не возвратимо (напримѣръ, убійство). Признаніе правонарушительнаго дѣйствія ничтожнымъ въ такихъ случаяхъ было бы недостаточно и, поэтому, тутъ установляется другая санкція: съ нарушительнымъ дѣйствіемъ связываются невыгодныя для его совершителя послѣдствія. Это такъ называемое leges plus quam perfectae. Невыгодныя послѣдствія могутъ быть двоякаго рода: *гражданское взысканіе* (poena privata) въ пользу потерпѣвшаго и *наказаніе*, налагаемое государственною властью въ общественномъ интересѣ.

Въ извѣстной степени съ каждымъ правонарушеніемъ соединяется и невознаградимый вредъ. Это, во-первыхъ, та обида, какую чувствуетъ потерпѣвшій отъ правонарушенія; во-вторыхъ, это тотъ подрывъ авторитету закона, какой получается при всякомъ неисполненіи его требованій. Но степень такого невознаградимаго вреда бываетъ очень различна. Поэтому нельзя установить какого-либо принципіальнаго различія между тѣми правонарушеніями, съ которыми соединяются особыя невы-

годныя послѣдствія, и тѣми, которыя ихъ не влекутъ за собой. Все зависитъ отъ измѣнчивыхъ бытовыхъ условій. Точно также не допускаютъ общаго принципіальнаго разграниченія и случаи примѣненія частныхъ пеней и наказаній. Форма частныхъ пеней болѣе древняя, чѣмъ форма наказаній. Съ усиленіемъ государственной власти налагаемыя ею наказанія все болѣе и болѣе вытѣсняютъ частныя пени. Но и въ современномъ правѣ сфера примѣненія наказаній опредѣляется не какимъ-нибудь общимъ принципомъ, а измѣнчивыми соображеніями уголовной политики.

Конечно, по общему правилу, установленіе такихъ невыгодныхъ для правонарушителя послѣдствій не устраняетъ ни признанія ничтожности правонарушительнаго дѣйствія, ни возстановленія нарушеннаго права, насколько то и другое можетъ имѣть мѣсто и значеніе. Такъ, въ случаѣ подлога, виновный подвергается наказанію, а самый подложный документъ признается ничтожнымъ. Такъ, въ случаѣ кражи, кромѣ наказанія вора, самыя украденныя вещи возвращаются собственнику. Но иногда обстоятельства могутъ сложиться такимъ образомъ, что признаніе правонарушительнаго дѣйствія ничтожнымъ повлекло бы невыгодныя послѣдствія для третьихъ, ни въ чемъ неповинныхъ лицъ. Напримѣръ, признаніе недѣйствительнымъ брака тяжелѣе всего отзывается на дѣтяхъ, которыя оказываются въ такомъ случаѣ незаконнорожденными. Поэтому недѣйствительность брака влекутъ за собою лишь наиболѣе существенныя нарушенія закона; менѣе же важныя неправильности при заключеніи брака влекутъ за собой только наказаніе виновныхъ, но самый бракъ признается дѣйствительнымъ. Точно также въ случаѣ неоплаты гражданской сдѣлки своевременно гербовымъ сборомъ, съ виновныхъ взыскивается значительный штрафъ, но сдѣлка сохраняетъ свою силу. Такія нормы, нарушеніе которыхъ влечетъ за собой невыгодныя послѣдствія для правонарушителя, но самое правонарушительное дѣйствіе сохраняетъ свою юридическую силу, называются *leges minus quam perfectae.*

Кромѣ указанныхъ трехъ категорій нормъ по различію ихъ санкціи, бываютъ еще и такія, которыя вовсе не имѣютъ никакой санкціи, послѣдствія ихъ нарушенія вовсе не опредѣлены. Ихъ называютъ *leges imperfectae.*

Существованіе такихъ, какъ бы безсильныхъ, нормъ требуетъ объясненія. Leges imperfectae, главнымъ образомъ, опредѣляютъ права органовъ власти. Устройствомъ органа можетъ быть уже напередъ обезпечена правомѣрность выражаемой имъ воли, могутъ быть предупреждены правонарушительныя дѣйствія. Этимъ и объясняется изобиліе въ публичномъ правѣ leges imperfectae. Но абсолютнаго совершенства въ устройствѣ такихъ органовъ достигнуть невозможно, такъ какъ органы эти все же слагаются изъ отдѣльныхъ людей. Если слишкомъ стѣснять сферу

личнаго самоопредѣленія членовъ такого учрежденія,—организація сдѣлается слишкомъ неподвижной, мертвенной, неудовлетворяющей требованіямъ жизненнаго развитія и движенія общества. Сдѣлайте организацію болѣе жизненной, подвижной, болѣе примѣнимой къ конкретнымъ условіямъ и потребностямъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ вы непремѣнно дадите возможность сказаться индивидуальнымъ стремленіямъ человѣка. Поэтому существованіе особо организованныхъ учрежденій для осуществленія правъ власти только объясняетъ, но отнюдь не оправдываетъ существованіе leges imperfectae. Въ настоящее время это уже сознается. И старую конституціонную школу, полагавшую все спасеніе въ надлежащей организаціи правительственной машины, можно теперь признать уже отжившей свой вѣкъ. Теперь все болѣе сознаютъ необходимость и нормамъ публичнаго права сообщить санкцію. Такъ, установленіемъ права административнаго иска, направленнаго на признаніе недѣйствительными незаконныхъ распоряженій администраціи, значительная часть нормъ публичнаго права превращена изъ несовершенныхъ въ совершенныя. Но всетаки есть нормы публичнаго права, которыя по необходимости всегда останутся лишенными санкціи. Таковы, напр., нормы, устанавливающія обязанности верховной власти. Верховная власть, какъ никому на землѣ неподчиненная, только сама въ себѣ, въ своемъ нравственномъ достоинствѣ, можетъ заключать гарантію дѣйствительнаго выполненія падающихъ на нее обязанностей.

ГЛАВА II.

Право въ субъективномъ смыслѣ.

Savigny. System d. heut. römischen Rechts. B. I. *Ihering,* Geist. d. röm. Rechts B. III. *Ihering.* Zweck im Recht, B. I. S. 72. *Müller,* Die Elemente des Rechts und der Rechtsbildung 1878. *Bierling,* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Jh. II, tss. 49—148. *Regelsberger,* Pandekten, I, 1893 ss. 57—82; 195—233.

§ 27. *Юридическія отношенія.*

Neumer, Wessen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1886. *Plosz,* Beiträge zur Theorie des Klagerechts. 1880, ss. 65—76. *Puntrschart.* Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegriffischen. Mängel. 1893. *Муромцевъ.* Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. 1879, стр. 53—122.

Такъ какъ юридическое отношеніе есть то же житейское, бытовое отношеніе, только регулируемое юридической нормой, то для надлежащаго выясненія этого понятія необходимо обратиться къ понятію отношенія вообще.

Всякое отношеніе предполагаетъ связь, зависимость и вытекающую изъ этой зависимости возможность воздѣйствія. Гдѣ нѣтъ зависимости,

нѣтъ и отношенія. Такъ, если между данными, напр. тригонометрическими величинами, существуетъ опредѣленное отношеніе, это значитъ, что онѣ зависимы другъ отъ друга, что измѣненіе одной изъ нихъ вызываетъ соотвѣтственное измѣненіе всѣхъ другихъ. Такъ, если между данными явленіями существуетъ отношеніе причинной связи, это значитъ, что слѣдствіе зависитъ отъ причины, что наличность причины вызываетъ за собой наступленіе слѣдствія. Напротивъ, если между чѣмъ-нибудь нѣтъ никакой зависимости, говорятъ, что одно къ другому не имѣетъ никакого отношенія.

Точно также и всѣ людскія отношенія состоятъ въ той или иной зависимости между людьми, въ возможности того или иного воздѣйствія ихъ другъ на друга.

Взаимная зависимость людей создается множествомъ разнообразныхъ условій, которыя всѣ можно свести къ тремъ категоріямъ: условія физіологическія, экономическія и психическія. Уже физіологическія различія пола, возраста ведутъ къ взаимной зависимости людей. Для удовлетворенія полового влеченія индивидъ нуждается въ сближеніи съ индивидами другого пола. Рождающійся ребенокъ требуетъ попеченій родителей, дряхлые родители—попеченій дѣтей. Къ этому присоединяется дѣйствіе физіологическаго же закона наслѣдственности. Въ силу этого закона люди одного происхожденія представляютъ между собой сходство въ физическомъ и психическомъ отношеніи и такимъ путемъ само собой установляется естественная группировка людей, независимо отъ ихъ воли, по племеннымъ различіямъ. Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на передачу людьми другъ другу болѣзней и путемъ заразы и путемъ наслѣдственной передачи, такъ что и въ отношеніи здоровья они зависимы другъ отъ друга.

Точно также и потребность человѣка пользоваться силами внѣшней природы, служащая основаніемъ экономической дѣятельности, приводитъ къ взаимной же зависимости людей. Силы отдѣльнаго человѣка оказываются слишкомъ слабыми въ борьбѣ съ представляемыми окружающей средой препятствіями и люди видятъ себя вынужденными прибѣгнуть къ сотрудничеству, въ двоякой его формѣ: къ простому сотрудничеству, т. е. къ производству работы соединенными силами, сообща, и къ сотрудничеству сложному или, такъ называемому, раздѣленію труда, причемъ каждый дѣлаетъ разное, но каждый для всѣхъ и всѣ для каждаго.

Психическая жизнь человѣка еще болѣе увеличиваетъ эту взаимную зависимость людей, такъ какъ потребность въ обмѣнѣ мыслей есть одна изъ самыхъ сильныхъ въ человѣкѣ, вообще чрезвычайно тяжело переносящемъ одиночество. И зависимость людей другъ отъ друга въ психическомъ отношеніи тѣмъ сильнѣе, что въ психическомъ развитіи человѣка соціальный факторъ играетъ, можно сказать, первенствующую

роль. Нашъ душевный складъ есть въ большей своей части не наше личное достоянiе, а продуктъ жизни того общества, къ которому мы принадлежимъ. Стоитъ только вспомнить важную роль, какую играетъ въ психическомъ развитiи языкъ, являющiйся по самому существу своему непремѣнно продуктомъ общественной жизни, непремѣнно общiй всему обществу, отнюдь не могущiй быть особой принадлежностью даннаго только индивида.

Установляющаяся такимъ путемъ взаимная зависимость людей возрастаетъ въ силѣ, по мѣрѣ развитiя общественной жизни. Даже физiологическiя условiя зависимости дѣйствуютъ все съ большей и большей силой. Съ развитiемъ общественной культуры, время, въ теченiе котораго человѣкъ находится въ зависимости отъ своихъ родителей, все болѣе удлиняется. Связи, соединяющiя супруговъ, дѣлаются интенсивнѣе, такъ какъ отношенiя ихъ не ограничиваются уже только половой и воспитательной сферой, но получаютъ и нравственное содержанiе. Къ дѣйствiю наслѣдственности присоединяется воспитанiе, прививающее къ воспитываемому и то, что почему-либо не унаслѣдовано имъ отъ предковъ. Возрастающая густота населенiя и большая тѣсность жилищъ дѣлаетъ все большей и санитарную, такъ сказать, зависимость людей. Возрастанiе силы дѣйствiя экономическихъ условiй зависимости совершается еще въ большей прогрессiи. Тутъ дѣйствуетъ съ одной стороны возрастанiе потребностей, съ другой—увеличивается раздѣленiе труда. Общественное развитiе неразрывно связано съ развитiемъ умственнымъ и нравственнымъ, оно расширяетъ умственный кругозоръ людей, оно расширяетъ и нравственные ихъ интересы, распространяя все на большiй и большiй кругъ лицъ нравственную солидарность.

Въ силу всѣхъ этихъ условiй, человѣческая жизнь слагается изъ ряда самыхъ разнообразныхъ отношенiй къ другимъ людямъ. Сами по себѣ эти отношенiя имѣютъ чисто фактическiй характеръ, представляя собою фактическую зависимость и основанную на ней фактическую же возможность воздѣйствовать другъ на друга. Но насколько люди въ своей дѣятельности руководятся юридическими нормами, это приводитъ къ превращенiю фактическихъ отношенiй въ юридическiя, фактической зависимости—въ юридическую обязанность, фактической возможности воздѣйствiя—въ право, правомочiе.

Юридическiя нормы, разграничивая людскiе интересы, неизбѣжно ограничиваютъ осуществленiе отдѣльныхъ интересовъ, налагая на людей обязанности ради обезпеченiя возможности осуществленiя чужихъ интересовъ. Поэтому къ фактическимъ основанiямъ взаимной зависимости право присоединяетъ новое, юридическое. Разъ мои отношенiя къ другимъ людямъ опредѣлены правомъ, осуществленiе моихъ интересовъ ставится въ зависимость не только отъ фактическихъ условiй, но также и отъ моихъ

правообязанностей. Вмѣстѣ съ тѣмъ, соотвѣтственно этимъ обязанностямъ для другихъ установляется возможность особой формы воздѣйствія на меня въ формѣ правовыхъ притязаній. Такимъ образомъ юридическія отношенія предполагаютъ юридическую связь зависимости, въ формѣ правообязанности, и обусловленное этой зависимостью правопритязаніе или право, полномочіе.

У римскихъ юристовъ регулируемыя правомъ отношенія и обозначались выраженіемъ juris vinculum. Для нихъ характерною особенностью юридическихъ отношеній представлялась именно связанность ихъ объективнымъ правомъ. Активная же сторона юридическаго отношенія, правовое притязаніе, такъ мало обращала на себя ихъ вниманіе, что у нихъ не выработалось понятіе субъективнаго права въ смыслѣ правомочія [1]). Напротивъ, западно-европейскіе юристы, начиная уже съ глоссаторовъ, придаютъ особенное, главное значеніе активной сторонѣ отношенія правопритязанію, такъ что не правопритязанія они выводятъ изъ правоотношенія, а наоборотъ, и отношеніе разсматриваютъ какъ послѣдствія правопритязанія. Это объясняется свойственнымъ германскимъ народамъ субъективизмомъ, въ противоположность объективизму древности, и тѣмъ, что христіанское ученіе съ особенною силою выдвинуло значеніе воли. Поэтому западно-европейское пониманіе права видитъ въ субъективной сторонѣ права не обусловленную юридическими нормами связанность, vinculum, а признанную и охраняемую правомъ свободную волю индивида. Изъ юридическаго признанія воли личности вытекаетъ уже затѣмъ, какъ естественное слѣдствіе, обязанность другихъ не вторгаться въ сферу, отмежеванную данной волѣ, и самыя отношенія между взаимно признающими другъ друга волями. Въ послѣдовательномъ своемъ развитіи это воззрѣніе приводитъ къ совершенному отрицанію понятія юридическаго отношенія и къ замѣнѣ его просто понятіемъ субъективнаго права, въ смыслѣ правопритязанія, какъ это и дѣлаетъ Бринцъ [2]).

Признаніе главнаго и даже исключительнаго значенія за однимъ только правопритязаніемъ несогласимо, однако, съ дѣйствительнымъ характеромъ юридическихъ явленій. Въ особенности въ области публичнаго права невозможно признать правопритязаніе главной, основной формой появленія дѣйствія права. Въ публичномъ правѣ ярче и опредѣленнѣе всего выступаютъ именно правообязанности; онѣ точно опредѣлены, по содержанію, онѣ возлагаются всегда на точно опредѣленныхъ лицъ. Напротивъ, публичныя права представляются, такъ сказать, лишь отраженіемъ обязанностей и предоставляются неопредѣленному кругу лицъ, могущихъ быть въ томъ заинтересованными. Почти все содержаніе государственнаго права сводится къ ученію объ обязанностяхъ органовъ

---

[1]) *Bekker*. Pandekten. I, 1886. s. 46.

[2]) *Brinz*, Archiv f. civil. Praxis. Bd. LXX, s. 379.

власти: предоставленныя имъ права имѣютъ значеніе лишь условія, обезпеченія возможности исполненія ихъ обязанностей. Такъ, судьи прежде всего обязаны отправлять правосудіе, и лишь для обезпеченія возможности выполнить эту функцію они надѣлены извѣстными правами.

Но точно также и не всѣ отношенія частнаго права могутъ быть объяснены, какъ послѣдствіе лишь признаннаго права притязанія. Таковы въ особенности явленія пассивнаго дѣйствія права, какъ ихъ называетъ Іерингъ. Это тѣ случаи, когда правообязанность существуетъ безъ соотвѣтствующаго ей правопритязанія. Таковы, напримѣръ, обязанности, налагаемыя правомъ для обезпеченія интересовъ имѣющаго родиться ребенка; таковы обязанности дебитора по обязательству на предъявителя, которое въ данное время никому не принадлежитъ; обязанности хозяина praedia servientis въ отношеніи къ praedium dominans, въ положеніи res nullius. Эти примѣры показываютъ, что правообязанность можетъ существовать и безъ соотвѣтствующаго ей права и слѣдовательно никакъ нельзя всѣ правоотношенія выводить изъ правопритязанія. Наоборотъ, правопритязаніе невозможно безъ соотвѣтствующей ему обязанности. Если никто не обязанъ сообразоваться съ моимъ правопритязаніемъ, если оно ни для кого не обязательно, оно не можетъ имѣть ровно никакого значенія. Поэтому и въ юридическихъ, какъ и во всякихъ другихъ отношеніяхъ, основное значеніе имѣетъ пассивная сторона, обязанность, связь.

Необходимость признать основное значеніе не за активной, а за пассивной стороной правоотношенія уже сознается теперь и цивилистами. Такъ Пунчартъ даже считаетъ необходимымъ для этого понятіе юридическаго отношенія замѣнить понятіемъ юридической связности (Rechtsverband), какъ онъ переводитъ римское juris vinculum. Едва ли, однако, это удобно. Юридическое отношеніе—терминъ установившійся, привычный, и представляетъ то преимущество, что въ немъ содержится указаніе именно на обѣ стороны дѣйствія объективнаго права, и на правовую возможность, и на правовую связность.

Каждое юридическое отношеніе опредѣляется частью фактическими условіями, частью юридическими нормами. Нѣтъ такихъ отношеній, которыя бы всецѣло и исключительно опредѣлялись только правомъ, въ которыхъ бы участники отношенія требовали другъ отъ друга и дѣлали другъ другу только то, на что они уполномочены и къ чему обязаны закономъ. Отношеніе, напр., жены и мужа, домохозяина и квартиранта, нанимателя и наемника, кромѣ права, опредѣляется и разнообразными бытовыми условіями: общественнымъ положеніемъ участниковъ отношенія, ихъ имущественной состоятельностью, характеромъ, взаимнымъ расположеніемъ, нравственными и религіозными убѣжденіями и т. д. Разнообразіемъ бытовыхъ условій и создается особенная индивидуальная фи-

зіономія каждаго отдѣльнаго конкретнаго отношенія. Юридическая же форма всѣхъ однородныхъ отношеній, напр., всѣхъ браковъ, всѣхъ наймовъ, совершенно одинакова, потому что ко всѣмъ однороднымъ отношеніямъ примѣняется одна и та же общая юридическая норма.

Такъ какъ юриста непосредственно интересуетъ именно юридическая форма отношеній, то понятно, что для юридическаго изслѣдованія представляется весьма важнымъ отдѣлять общую юридическую форму однородныхъ отношеній отъ разнообразнаго фактическаго содержанія. Съ этой цѣлью юристы конструируютъ мысленно представленіе о такихъ юридическихъ отношеніяхъ, которыя бы всецѣло и исключительно опредѣлялись одними только юридическими нормами. Въ такомъ воображаемомъ отношеніи все конкретное разнообразіе фактической обстановки отпадаетъ: остается одна только общая для всѣхъ однородныхъ отношеній юридическая форма. Такія воображаемыя, чисто юридическія отношенія называются *юридическими институтами*. Они представляютъ собою отвлеченіе, абстракцію юридической формы отъ конкретнаго фактическаго содержанія отношеній. Такъ какъ юридическая форма одинакова для всѣхъ отношеній опредѣленной категоріи, то юридическій институтъ служитъ какъ бы общимъ типомъ для всѣхъ отношеній извѣстнаго рода.

Разнообразные интересы, составляющіе содержаніе общественной жизни, такъ тѣсно переплетены между собою, что юридическія отношенія, имѣющія своимъ основаніемъ столкновенія этихъ интересовъ, не представляются обособленными и разрозненными, а, напротивъ, составляютъ одно цѣлое. Совокупность юридическихъ отношеній называютъ *юридическимъ бытомъ*. Соотвѣтственно съ этимъ и юридическіе институты, какъ общій типъ юридическихъ отношеній, составляютъ изъ себя также одно связное цѣлое. Совокупность юридическихъ институтовъ называется *юридическимъ порядкомъ*.

Каждое юридическое отношеніе, какъ мы видѣли, слагается изъ права и обязанности. Но и право и юридическая обязанность не могутъ существовать сами по себѣ. Онѣ непремѣнно составляютъ принадлежность какого-нибудь субъекта. Поэтому необходимымъ элементомъ каждаго юридическаго отношенія являются субъекты права и обязанности. Однако этимъ не исчерпываются необходимые элементы юридическаго отношенія. Право есть возможность осуществленія интереса, а осуществленіе нашихъ интересовъ предполагаетъ непремѣнно пользованіе для этого тѣми или другими средствами. Поэтому каждое право необходимо должно имѣть свой объектъ, пользованіе которымъ и ведетъ къ осуществленію интереса, составляющаго содержаніе права. Такимъ образомъ каждое юридическое отношеніе предполагаетъ субъекта права, субъекта обязанности и объектъ. Этими элементами и опредѣляется структура юридическихъ отношеній.

Но ученіе объ юридическихъ отношеніяхъ не можетъ ограничиться разсмотрѣніемъ одной только структуры. Юридическія отношенія не остаются неподвижными: съ измѣненіемъ интересовъ они возникаютъ, измѣняются, прекращаются. Поэтому, кромѣ ихъ структуры, необходимо разсмотрѣть также форму и условія ихъ движенія.

§ 28. *Субъектъ юридическихъ отношеній.*

Kierulf. Theorie des Civilrechts. B. I, 3. 82. *Röder,* Naturrecht. B. I, § 52. und ff. *Trendelenburg,* Naturrecht §§ 85—88. *Lasson,* Naturrecht § 46. *Bekker* Iherings Jahrbücher für dogmatik. B. XII. Rechtssubjekten *Wallaschek.* Studien zur Rechtsphilosophie. 1889. ss. 144—181.

Юридическія нормы, какъ нормы разграниченія людскихъ интересовъ приложимы только къ отношеніямъ между людьми, потому что только въ такихъ отношеніяхъ имѣется столкновеніе людскихъ интересовъ. Нравственныя нормы установляютъ безусловныя обязанности. Нравственный долгъ не обусловленъ заинтересованностью въ немъ другихъ лицъ. Поэтому можно говорить о нравственныхъ обязанностях ъвъ отношеніи къ самому себѣ, поэтому во всѣхъ отношеніяхъ человѣка, хотя бы и не къ людямъ, для него имѣютъ обязательное значеніе нравственныя нормы. Но право, установляя разграниченіе людскихъ интересовъ, непремѣнно предполагаетъ столкновеніе ихъ и слѣдовательно отношеніе къ людямъ.

Нельзя поэтому согласиться съ тѣми, кто, какъ напримѣръ Дернбургъ [1]), Регельсбергеръ, Муромцевъ, допускаютъ существованіе юридическихъ отношеній и къ вещамъ. Отношеніе къ вещи собственника, само по себѣ взятое, ничѣмъ не отличается отъ отношенія къ ней лица, не имѣющаго на данную вещь никакого права. И собственникъ и незаконный держатель вещи, пользуясь ею, руководятся одинаково соотвѣтствующими техническими правилами и личными своими вкусами. Различіе въ положеніи собственника и несобственника проявляется только въ ихъ отношеніяхъ *по поводу пользованія вещью* къ другимъ людямъ, проявляется именно въ томъ, имѣютъ ли они къ нимъ по поводу пользованія какія-либо правопритязанія и какія именно. Такимъ образомъ, юридическими могутъ быть не отношенія къ вещи, а только отношенія къ людямъ по поводу вещей.

Итакъ, юридическія отношенія возможны только между людьми, а слѣдовательно и субъектами юридическихъ отношеній могутъ быть только люди. Другими словами, только люди *правоспособны,* такъ какъ способность быть субъектомъ юридическихъ отношеній называется *правоспособностью.*

[1]) *Dernburg.* Pandekten. I, § 22.

Современное правосознаніе и признаетъ дѣйствительно правоспособность *только* за людьми. Но прежде это начало подвергалось сомнѣніямъ. Неразвитой человѣкъ всѣ явленія міра объясняетъ по аналогіи съ дѣйствіями людей, какъ проявленіе чьей-нибудь сознательной воли. Въ силу этого и дѣйствіе юридическихъ нормъ не ограничивалось только людскими отношеніями. Права и обязанности признавались тогда и за неодушевленными предметами и за животными. Еще въ средніе вѣка животныхъ иногда судили и наказывали. Но теперь только за людьми признается правоспособность. Этому нисколько не противорѣчитъ наказуемость и по современному праву жестокаго обращенія съ животными. Уголовная кара тутъ устанавливается не въ интересахъ животныхъ, а ради охраненія нравственнаго чувства людей, которое могло бы быть оскорблено картиной безцѣльнаго истязанія животнаго. Если же мученія, причиняемыя животному, вызываются какою-нибудь разумною цѣлью, научною или кулинарною, наказуемость отпадаетъ.

Въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ было, правда, высказано, именно Беккеромъ, мнѣніе, будто и животныя могутъ быть субъектами юридическихъ отношеній. Если, напримѣръ, кто-нибудь сдѣлаетъ завѣщательное распоряженіе о томъ, чтобы извѣстное имущество послѣ его смерти служило для содержанія его собаки или лошади, то животныя эти окажутся будто бы собственниками отказаннаго имущества, субъектами правъ. Но позднѣе, въ Системѣ пандектнаго права и самъ Беккеръ призналъ, что „удобнѣе“ ограничить понятіе субъекта права людьми. Однако, такое ограниченіе необходимо не только въ интересахъ удобства, но и въ интересахъ истины.

Завѣщательнымъ распоряженіемъ, конечно, можно дать имуществу какое угодно назначеніе. Но дѣйствительно связаннымъ этимъ назначеніемъ имущество будетъ лишь до тѣхъ поръ, пока останется хоть одинъ человѣкъ какъ-либо заинтересованный, въ силу уваженія къ памяти завѣщателя или по другимъ соображеніямъ, хотя бы только курьеза ради, въ осуществленіи на дѣлѣ даннаго назначенія. Какъ скоро никого заинтересованнаго въ томъ среди людей не останется, интересы собаки или лошади ничѣмъ обезпечены не будутъ. Такимъ образомъ, въ подобныхъ случаяхъ интересы животныхъ не сами по себѣ, не прямо составляютъ содержаніе юридическаго отношенія, а только условно, косвенно, насколько именно совпадаютъ почему-либо съ какимъ-нибудь людскимъ интересомъ. Поэтому и дѣйствительнымъ субъектомъ юридическаго отношенія являются здѣсь люди, заинтересованные въ исполненіи завѣщанія, сдѣланнаго въ пользу животнаго.

То же самое должно сказать и о сверхъестественныхъ существахъ, о безплотныхъ силахъ. Карательной репрессіей религіозныхъ преступленій охраняются не интересы божества, не нуждающіеся въ такой охранѣ, а

религіозное чувство вѣрующихъ. Имуществомъ, принадлежащимъ церкви, обезпечивается удовлетвореніе религіозныхъ потребностей членовъ земной церкви, слѣдовательно опять-таки людей.

Это приводитъ насъ къ другому вопросу: не противорѣчитъ ли признанію субъектами юридическихъ отношеній только людей понятіе такъ называемыхъ юридическихъ лицъ? Понятіе это основано на томъ фактѣ, что нѣкоторыя права и обязанности не пріурочены къ отдѣльнымъ людямъ, а разсматриваются какъ принадлежащія цѣлымъ сословіямъ лицъ, корпораціямъ, или установленіямъ. Такъ различаютъ имущество и долги отдѣльныхъ акціонеровъ и самого акціонернаго общества, отдѣльныхъ согражданъ и самого государства, директора богадѣльни или лицъ, находящихъ въ ней пріютъ, и самой богадѣльни, какъ постояннаго установленія.

Однако, согласно господствующему и до сихъ поръ мнѣнію Савиньи, такія юридическія лица не реальные субъекты правоотношеній, а только фикція: Бринцъ же идетъ еще дальше и вовсе отвергаетъ самую надобность въ такого рода фикціи и считаетъ самое понятіе юридическаго лица совершенно ненужнымъ.

Но другіе, какъ Безелеръ, Гирке, Дернбургъ, Регельсбергеръ, отстаиваютъ реальное существованіе юридическихъ лицъ, признавая ихъ не фиктивными, а дѣйствительными субъектами правоотношеній. Регельсбергеръ такъ формулируетъ свой взглядъ. Цѣль права есть обезпеченіе человѣческихъ интересовъ, но многіе изъ нихъ не могутъ или вообще, или вполнѣ быть осуществлены иначе, какъ соединенными силами отдѣльныхъ людей. Поэтому имѣются субъекты правъ и кромѣ людей: это юридическія лица. Они дѣйствительные субъекты, хотя и не имѣютъ тѣлесной индивидуальности. Ихъ основаніе составляютъ соціальные организмы. Оживотворяющіе элементы суть въ нихъ люди, но на сколько они, какъ члены организма, дѣйствуютъ въ его цѣляхъ, они порождаютъ тѣмъ особую союзную жизнь (Verbandsleben) и отличную отъ ихъ индивидуальной воли союзную волю. Такимъ образомъ и съ точки зрѣнія защитниковъ дѣйствительнаго существованія юридическихъ лицъ, какъ особыхъ субъектовъ права, ихъ цѣли—тѣ же людскіе интересы, только общіе опредѣленной группѣ людей, ихъ дѣятельность — дѣятельность людей, считающихся ихъ членами или представителями, ихъ воля опять-таки воля этихъ же самыхъ отдѣльныхъ личностей. Поэтому, конечно, всѣ отношенія юридическаго лица могутъ быть разрѣшены въ отношенія отдѣльныхъ личностей, но отношенія правда очень сложныя, переплетенныя между собой, и потому для удобства юридическаго анализа разсматриваемыя, какъ отношенія одного искусственно построяемаго субъекта — юридическаго лица.

Такъ именно объясняетъ понятіе юридическаго лица Іерингъ. Понятіе юридическаго лица для него только особый пріемъ юридической конструкціи реальныхъ отношеній физическихъ лицъ.

Дѣйствительными субъектами разграничиваемыхъ правомъ интересовъ и тутъ остаются люди. Но интересы эти общи цѣлой группѣ лицъ, составъ которой къ тому же можетъ быть измѣнчивъ, и поэтому юридическія нормы, вмѣсто того, чтобы въ отдѣльности разграничивать тождественные интересы цѣлаго ряда личностей, разсматриваютъ однородные интересы, какъ одно цѣлое, какъ одинъ интересъ и самую группу, какъ одинъ субъектъ юридическаго отношенія—юридическое лицо. Это не болѣе, какъ особый техническій пріемъ, упрощающій опредѣленіе взаимныхъ отношеній заинтересованныхъ при этомъ людей. Было бы, напримѣръ, крайне затруднительно опредѣлять отношеніе лица, покупающаго что-нибудь у акціонерной компаніи, къ каждому отдѣльному акціонеру, или отношеніе владѣльца государственныхъ кредитныхъ бумагъ къ каждому отдѣльному гражданину. Несравненно проще опредѣлить отношеніе къ акціонерной компаніи или государству, какъ къ особой личности. Понятіе юридическаго лица играетъ какъ бы роль скобокъ; какъ въ алгебрѣ, мы, не совершая самыхъ дѣйствій, заключаемъ выраженія соединенными знаками + и — въ скобки, для упрощенія дальнѣйшихъ вычисленій, такъ и однородные интересы извѣстной группы лицъ мы заключаемъ въ понятіе юридическаго лица и затѣмъ опредѣляемъ отношеніе этой коллективной личности къ другимъ.

Только люди могутъ быть субъектами юридическихъ отношеній. Но это еще не значитъ, чтобы и всѣ люди признавались всегда правоспособными. Напротивъ, исторія права представляетъ не мало примѣровъ того, что и за людьми не признавалась правоспособность и они въ качествѣ рабовъ ставились въ положеніе вещей, могущихъ быть только объектомъ отношеній. Въ современныхъ культурныхъ государствахъ рабство, во всѣхъ его формахъ, уже уничтожено окончательно. Но въ странахъ нецивилизованныхъ, особенно въ центральной Африкѣ, оно еще сохраняется.

Итакъ, современное право признаетъ всѣхъ людей правоспособными, но не каждый способенъ имѣть каждое право. Правоспособность можетъ имѣть различный объемъ, болѣе или менѣе ограниченный. Ограниченія правоспособности весьма разнообразны, но всѣ они могутъ быть сведены по различію ихъ основаній къ четыремъ категоріямъ: ограниченія *естественныя*, *общественныя*, вытекающія изъ *несовмѣстимости* извѣстныхъ юридическихъ отношеній, и, наконецъ, *карательныя*.

Подъ естественными ограниченіями разумѣются ограниченія, установленныя по поводу естественныхъ различій субъекта, каковы: полъ, возрастъ, цвѣтъ кожи физическое уродство. Такъ, женщины признаются

неспособными имѣть вообще политическихъ правъ; не достигшіе 16-ти лѣтняго возраста не могутъ имѣть должностей на государственной службѣ; глухонѣмые не могутъ быть присяжными засѣдателями.

Общественныя ограниченія обусловлены различіемъ общественнаго положенія, напримѣръ, сословій, промысловъ, вѣроисповѣданій. Такъ монашествующіе не могутъ владѣть недвижимостью; содержатели питейныхъ заведеній не могутъ быть городскими избирателями; евреи, по общему правилу, не могутъ жить внѣ опредѣленной для нихъ черты осѣдлости.

Ограниченія несовмѣстимости обусловлены невозможностью быть одновременно субъектомъ извѣстныхъ юридическихъ отношеній. Напримѣръ, лицо, состоящее въ бракѣ съ кѣмъ-нибудь, не можетъ одновременно вступить въ бракъ еще и съ другимъ лицомъ; лица, занимающія высшія государственныя должности, не могутъ находиться на частной службѣ.

Послѣдняя категорія ограниченій правоспособности—ограниченія карательныя. Они являются послѣдствіями судебнаго приговора и составляютъ какъ бы часть налагаемаго на осужденнаго наказанія.

Правоспособность означаетъ только, что лицо *можетъ* имѣть извѣстныя права, но это еще не значитъ, чтобы оно и дѣйствительно обладало ими. Правоспособность и правообладаніе не одно и то же. Каждый способенъ имѣть право собственности на недвижимое имѣніе, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы каждый обладалъ имѣніемъ. Многія права для усвоенія ихъ субъектовъ, кромѣ правоспособности, требуютъ еще наличности особыхъ фактовъ, событій (напримѣръ, смерть наслѣдодателя) или человѣческихъ дѣйствій (напримѣръ, покупки), установляющихъ связь правъ съ даннымъ именно лицомъ. Усвоеніе такихъ правъ субъектомъ называется пріобрѣтеніемъ права, а самыя права—пріобрѣтенными правами. Это такія права, которыя имѣютъ характеръ исключительности, т. е. не могутъ находиться одновременно въ обладаніи многихъ лицъ (напримѣръ, право собственности). Если же право не представляетъ исключительности и можетъ находиться въ обладаніи сразу неопредѣленнаго числа людей, то для обладанія имъ достаточно наличности условій правоспособности (напримѣръ, избирательное право).

Правоспособность начинается съ момента рожденія и кончается съ моментомъ смерти. Только живые люди правоспособны. Поэтому мертворожденный ребенокъ не можетъ быть субъектомъ юридическихъ отношеній. Юридически онъ считается несуществующимъ. Правда, и за утробнымъ младенцемъ охраняются извѣстныя права. Но это дѣлается условно въ предположеніи, что ребенокъ родится живымъ, и выражается въ наложеніи на другихъ людей обязанности не мѣшать развитію и рожденію ребенка (наказуемость вытравленія плода) и возможности, если онъ родится живымъ, участвовать въ наслѣдствѣ послѣ отца (отсрочка опредѣленія наслѣдственныхъ правъ до разрѣшенія беременной вдовы отъ

бремени). Но если окажется, что ребенокъ не можетъ родиться живымъ, напримѣръ, по причинѣ чрезмѣрной узкости таза его матери, тогда вытравленіе плода ненаказуемо.

Итакъ, правоспособнымъ человѣкъ признается съ момента рожденія, т. е. полнаго отдѣленія отъ матери, до момента смерти. Моментомъ смерти считается при этомъ моментъ исчезновенія послѣднихъ признаковъ жизни, чувствительности, сердцебіенія, дыханія. Къ смерти приравнивается также долгое безвѣстное отсутствіе. Одни законодательства, какъ напр., наше остзейское право, признаютъ безвѣстно отсутствующаго умершимъ, когда онъ по разсчету достигнетъ средней продолжительности человѣческой жизни, именно 70 лѣтъ; другія, какъ общее русское право, по истеченіи опредѣленнаго срока безвѣстнаго отсутствія независимо отъ возраста субъекта.

Со смертью правоспособность прекращается безусловно. Трупъ не можетъ имѣть никакихъ правъ. Если же законъ караетъ оскорбительное обращеніе съ трупами, разрытіе и ограбленіе могилъ, то это дѣлается ради нравственнаго чувства живыхъ людей, могущихъ оскорбиться неуважительнымъ обращеніемъ съ покойникомъ.

§ 29. Правомочіе и правообязанность.

Ihering, Geist des rom. Rechts. B. III. *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, ss. 223 und *Bierling*. Kritik der jurist. Begriffe. II, s. 49, ff. *Bekker*, System I, s. 46. *Schunne*, Der Begriff des subjektiven Rechts 1888. *Zentofer*, Das subjektive Recht. 1891. *Schlossmann*, Der Vertrag, 1876, ss. 243 ff.

Выясненіе понятія права въ субъективномъ смыслѣ или *правомочія* составляетъ самый трудный и самый спорный вопросъ во всемъ ученіи объ юридическихъ отношеніяхъ. Вліяніе юридическихъ нормъ на условія осуществленія нашихъ интересовъ представляется довольно разнообразнымъ и различныя формы вліянія имѣютъ столько точекъ соприкосновенія, такъ незамѣтно переходятъ одна въ другую, что разобраться въ нихъ и выдѣлить съ достаточною опредѣленностью правомочіе отъ другихъ послѣдствій регулированія нашихъ интересовъ юридическими нормами—дѣло не легкое.

Юридическія нормы прежде всего запрещаютъ извѣстные способы осуществленія человѣческихъ интересовъ и этимъ создаютъ различіе юридически запрещеннаго и дозволеннаго. Запрещеніе ограничиваетъ фактическую возможность осуществленія интереса, суживаетъ ее. Дозволеніе же само по себѣ никакихъ измѣненій въ фактическихъ условіяхъ осуществленія интересовъ не производитъ. Дозволенное, незапрещенное можно совершить только въ предѣлахъ фактической возможности. Законъ никому не запрещаетъ ничего не дѣлать, но воспользоваться этимъ дозволеніемъ можетъ только тотъ, чье существованіе уже обезпе-

чено достаточными матеріальными средствами. Всякому дозволено ѣздить въ коляскѣ; но можетъ это дѣлать только тотъ, кто имѣетъ необходимыя для этого средства. Юридическая норма тутъ не создаетъ и не обезпечиваетъ возможности, а только не препятствуетъ ей, если фактически она имѣется налицо.

Но вліяніе юридическихъ нормъ на условія осуществленія человѣческихъ интересовъ не ограничивается такимъ отрицательнымъ дѣйствіемъ. Оно сказывается и въ формѣ положительной,—можетъ вести и къ расширенію фактической возможности. Установляя запрещеніе извѣстныхъ способовъ осуществленія одного изъ сталкивающихся интересовъ, юридическая норма тѣмъ самымъ расширяетъ фактическую возможность осуществленія другого изъ нихъ. Субъектъ этого интереса не только можетъ осуществлять его въ границахъ фактической для него возможности, но и можетъ требовать, чтобы установленный юридической нормой запретъ былъ соблюдаемъ, чтобы возложенная ею обязанность не дѣлать запрещеннаго была дѣйствительно выполнена. Тутъ юридическая норма придаетъ лицу новую силу, увеличиваетъ его могущество въ осуществленіи своихъ интересовъ. Такое прямое и положительное вліяніе юридическихъ нормъ, выражающееся въ расширеніи фактической возможности осуществленія, обусловленномъ установленіемъ соотвѣтствующей обязанности, мы и называемъ субъективнымъ правомъ или правомочіемъ. Или, короче, правомочіе есть возможность осуществленія интереса, обусловленная соотвѣтствующей юридической обязанностью.

Обусловленностью соотвѣтствующей обязанностью правомочіе прежде всего отличается отъ простой дозволенности. Конечно, все, на что лицо имѣетъ право, дозволено; но не на все дозволенное оно имѣетъ право, а лишь на то, возможность чего обезпечена установленіемъ соотвѣтствующей обязанности. Только такая возможность составляетъ право, потому что только она есть возможность по отношенію къ другому лицу, правообязанному. Права же могутъ существовать только между людьми, а не въ отношеніи къ внѣшнимъ фактическимъ условіямъ.

Итакъ, надо различать простую дозволенность чего-либо, обозначающую лишь отсутствіе установленнаго юридической нормой ограниченія фактической возможности, и право, предполагающее расширеніе фактической возможности установленіемъ соотвѣтствующей правоспособности. Но, кромѣ того, вліяніе юридической нормы на условія осуществленія человѣческихъ интересовъ можетъ принимать еще особую форму, представляющую какъ бы середину между простымъ отсутствіемъ запрещенія и установленіемъ права. Человѣческіе интересы представляются такъ тѣсно переплетенными между собой, что измѣненіе условій осуществленія одного изъ нихъ всегда болѣе или менѣе отражается и на другихъ интересахъ, съ нимъ такъ или иначе связанныхъ. Поэтому, когда юри-

дической нормой установляется обязанность для обезпеченія возможности осуществленія одного какого-нибудь интереса, это не можетъ не отразиться и на другихъ, связанныхъ съ ними интересахъ. Такъ, установленіе высокаго таможеннаго тарифа и, слѣдовательно, обязанности уплачивать при ввозѣ иностранныхъ товаровъ большія пошлины создаетъ выгодныя условія не только для внутренняго производства, но и для занятія контрабандой. Обязанность домохозяина по договору съ жильцомъ верхняго этажа освѣщать и устилать ковромъ лѣстницу даетъ и жильцамъ нижнихъ этажей возможность пользоваться этими удобствами. Но ни контрабандистъ, ни жилецъ нижняго этажа не имѣютъ права, потому что выгодами, вытекающими для нихъ изъ существованія данной юридической обязанности, они могутъ пользоваться лишь постольку, поскольку фактическія обстоятельства дѣлаютъ это возможнымъ. Если же обстоятельства сложатся и иначе воспользоваться этой выгодой для нихъ окажется невозможнымъ, они не могутъ требовать ни отъ кого, чтобы фактическія обстоятельства были измѣнены ради предоставленія имъ возможности ходить по лѣстницѣ, устланной ковромъ, или заниматься съ выгодой провозомъ контрабанды. Напротивъ, лицо, имѣющее право, въ случаѣ, если фактическія обстоятельства мѣшаютъ осуществленію его права, можетъ требовать измѣненія этихъ обстоятельствъ согласно съ постановленіями юридической нормы. Слѣдовательно, мы должны также отличать правомочіе, какъ возможность, прямо обусловленную правообязанностью, отъ фактической возможности пользоваться случайными послѣдствіями осуществленія установленнаго права. Дѣйствіе юридическихъ нормъ, выражающееся въ установленіи такого рода возможности, Іерингъ назвалъ *рефлективнымъ* дѣйствіемъ права.

Соотвѣтствующая праву обязанность можетъ быть возложена на всякаго приходящаго съ другимъ лицомъ въ столкновеніе по поводу пользованія даннымъ объектомъ. Въ такомъ случаѣ объектъ обязанности опредѣляется не личнымъ признакомъ, а объективнымъ: столкновеніемъ при пользованіи даннымъ объектомъ. Права, которымъ соотвѣтствуетъ такая общая обязанность всѣхъ, могущихъ прійти въ соприкосновеніе съ даннымъ объектомъ, называются *правами вещными*. Ихъ называютъ также правами противъ каждаго.

Противоположность вещнымъ правамъ составляютъ *права личныя*. Соотвѣтствующая имъ обязанность возлагается только на индивидуально опредѣленное лицо; только въ отношеніи къ нему и могутъ быть осуществляемы такія личныя права. Примѣромъ правъ вещныхъ можетъ служить право собственности. Собственникъ можетъ требовать отъ каждаго, чтобы тотъ не мѣшалъ ему пользоваться своей собственностью. Примѣромъ правъ личныхъ служатъ всѣ вообще права на услуги другихъ лицъ.

Право непремѣнно предполагаетъ соотвѣтствующую обязанность. Если нѣтъ соотвѣтствующей обязанности, будетъ простое дозволеніе, а не правомочіе. Но обязанность можетъ всегда существовать и безъ соотвѣтствующаго правомочія. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда интересъ, составляющій содержаніе соотвѣтствующаго права, еще только нарождается или прекратился только временно. Такъ, обязанности не вредить жизни утробнаго младенца нѣтъ соотвѣтствующаго права, такъ какъ зародышъ, находящійся въ утробѣ матери, не можетъ быть еще субъектомъ правъ. Обязанность тутъ установлена въ ожиданіи права на охрану жизни имѣющаго родиться ребенка. Также точно, когда кредитная бумага на предъявителя потеряна и временно не находится ни въ чьемъ обладаніи, обязанности кредитора по этой бумагѣ не соотвѣтствуетъ временно ничье право. Обязанность тутъ сохраняется, потому что бумага можетъ быть найдена вновь другимъ лицомъ, пріобрѣтающимъ въ силу этого самаго права по такой бумагѣ на предъявителя. Подобнаго рода случаи Іерингъ называетъ *пассивнымъ* дѣйствіемъ права.

Мы опредѣлили правомочіе какъ возможность осуществленія интереса, прямо обусловленную соотвѣтствующею обязанностью. Этимъ опредѣленіемъ указывается внѣшняя и внутренняя сторона правомочія. Съ внѣшней, формальной стороны правомочіе представляется *притязаніемъ* (Rechtsausspruch) управомоченнаго на исполненіе обязанности со стороны правообязаннаго, съ внутренней, матеріальной стороны правомочіе представляется возможностью осуществленія своего интереса, а такъ какъ осуществленіе интересовъ всегда предполагаетъ пользованіе для того какими-нибудь силами, то содержаніе правомочія составляетъ вообще *пользованіе*.

Пользованіе предполагаетъ только наличность потребностей хотябы даже несознаваемыхъ, притязаніе—непремѣнно сознательно направленную къ тому волю. Но воля наша можетъ опредѣляться не только нашими собственными потребностями, но и чужими. Человѣкъ можетъ дѣйствовать и въ чужомъ интересѣ, но не можетъ за другого пользоваться благами жизни. Поэтому пользованіе неотдѣлимо отъ субъекта потребности: притязаніе же на исполненіе обязанности, обезпечивающей возможность удовлетворенія потребности, можетъ быть осуществляемо и другими лицами. Это бываетъ, во-первыхъ, по необходимости, когда у субъекта потребности нѣтъ сознательной или достаточно сознательной воли. Тогда для обезпеченія дѣйствительной возможности удовлетворенія его интересовъ необходимо, чтобы имъ служила чужая сознательная воля: такъ, за идіотовъ и малолѣтнихъ дѣйствуютъ ихъ опекуны. Это бываетъ, во-вторыхъ, ради удобства, когда разграничивается общій интересъ цѣлой группы лицъ. Вмѣсто постояннаго совмѣстнаго дѣйствія

всѣхъ ихъ воль, къ служенію общему интересу пріурочивается одна такъ или иначе опредѣляемая воля. Тогда получается то, что называютъ юридическимъ лицомъ.

Но и при такомъ расхожденіи субъектовъ воли, служащей данному интересу, и самаго интереса, дѣйствительнымъ субъектомъ права долженъ быть признанъ всетаки субъектъ интереса, дестинатарій, а не субъектъ воли, диспозитарій. Служеніе воли чужому интересу образуетъ не право, а обязанность. Съ другой стороны, не всякій, кто въ силу существованія юридической нормы получаетъ возможность чѣмъ-либо пользоваться, есть субъектъ права: получающій такую возможность вслѣдствіе рефлективнаго дѣйствія права не имѣетъ самъ права. Субъектомъ права будетъ только тотъ, за кѣмъ возможность пользованія обезпечивается соотвѣтственнымъ правопритязаніемъ, хотя бы притязаніе это осуществлялось и чужою волею [1]).

Содержаніе правомочія составляетъ *пользованіе объектомъ*. Таково общее опредѣленіе содержанія правомочія. Но пользованіе представляется весьма различнымъ по объему.

Пользованіе, во-первыхъ, можетъ быть *простымъ пользованіемъ*, не предполагающимъ ни возможности устранять другихъ отъ пользованія тѣмъ же объектомъ, ни возможности измѣнять способы пользованія. Простое пользованіе заключается только въ возможности пользоваться объектомъ на ряду съ другими и согласно уже данному ему назначенію. Такое пользованіе есть основной элементъ содержанія правомочія въ томъ смыслѣ, что онъ необходимо присущъ каждому праву: меньшаго объема содержанія право уже не можетъ имѣтъ. Примѣромъ этого минимальнаго объема могутъ служить права пользованія публичными вещами, напримѣръ, общественными дорогами.

Пользованіе есть не только основной, но, такъ сказать, и естественный элементъ правомочія, обусловленный самой природой нашихъ потребностей, а не осложненіемъ общественныхъ отношеній. Простое пользованіе служитъ непосредственно удовлетворенію человѣческихъ потреб-

---

[1]) Такъ именно опредѣляетъ субъектъ права *Bernatzik*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person (Archiv. f. öff. R. B. V. 1890, s. 223) Rechtssubjekt ist der Träger eines jeden menschlichen Zweckes, den die herrschende Rechtsordnung als Selbstzweck dadurch anerkennt, dass sie dem zu seiner Realisirung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht. — Большинство юристовъ, напротивъ, для опредѣленія понятія субъекта права, обращаютъ вниманіе или только на право притязанія или только на пользованіе и потому приходятъ къ совершенно несостоятельнымъ выводамъ. Этимъ, конечно, объясняется парадоксальное ученіе Беккера (System, I, s. 56), что субъектъ права на имущество тотъ, чьи долги удовлетворяются изъ этого имущества: какъ будто не зная, кому принадлежитъ имущество, можно опредѣлить, чьи долги на него падаютъ!

ностей. Поэтому и осуществлять пользованіе могутъ только физическія лица. Юридическія лица сами непосредственно не могутъ пользоваться объектами своихъ правъ.

Вторымъ элементомъ въ содержаніи права является *владѣніе*, заключающееся въ возможности устранять другихъ лицъ отъ пользованія объектомъ нашего права. Напримѣръ, нанятымъ имуществомъ наниматель можетъ не только пользоваться для непосредственнаго удовлетворенія своихъ потребностей, но имѣетъ и власть исключить отъ пользованія имъ всякое другое лицо, хотя бы самъ въ данный моментъ и не пользовался имуществомъ. По существу своему владѣніе есть только условіе, облегчающее и обезпечивающее безпрепятственное пользованіе объектомъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оно имѣетъ и самостоятельное значеніе. Владѣніе расширяетъ пользованіе, такъ сказать, за его естественные предѣлы. Право простого пользованія человѣкъ пріобрѣтаетъ только на то, что ему самому нужно. Владѣніе же даетъ возможность эксплоатировать въ свою пользу нужду другихъ. Если человѣкъ имѣетъ право въ силу владѣнія вовсе не допустить другихъ къ пользованію даннымъ объектомъ, то онъ въ правѣ также допускать ихъ къ тому подъ тѣми или другими условіями, въ частности и за вознагражденіе. Отсюда выгода пріобрѣтать во владѣніе и такія вещи, которыя намъ самимъ не нужны, но изъ которыхъ мы извлекаемъ для себя пользу, предоставляя ихъ за опредѣленное вознагражденіе въ пользованіе другихъ лицъ.

Третій элементъ содержанія права, это—*право распоряженія* (jus disponendi). Іерингъ опредѣляетъ его какъ право измѣнять способы пользованія. Пользованіе и владѣніе не исключаютъ въ себѣ такой власти распоряженія. Пользователь и владѣлецъ должны сохранять неизмѣннымъ разъ данное объекту назначеніе. Нанявшій домъ, напримѣръ, не можетъ его перестраивать или срубить на дрова. Власть распоряженія составляетъ высшій объемъ права.

Право распоряженія, въ свою очередь, распадается на три различныхъ элемента. Распоряженіе объектомъ предполагаетъ прежде всего право измѣнять способы пользованія, не уничтожая объектъ и не передавая права на него другому: это такъ называемое *jus abutendi*. Затѣмъ къ праву же распоряженія относится и право передачи права на данный объектъ другому: право отчужденія, *jus alienandi*, такъ какъ это есть выборъ особаго способа воспользоваться объектомъ. Наконецъ, третій элементъ права распоряженія составляетъ право уничтоженія объекта, jus disponendi de substantia. Этотъ видъ права распоряженія примѣнимъ только къ одной группѣ объектовъ—къ вещамъ.

---

§ 30. Объекты правъ.

Regelsberger, Pandekten, I, s. 357. *Bekker*, System, I, s. 81. *Kierulff*. Theorie. I, s. 129. *Ihering*, Zweck im Recht. I. s. 70. *Гольмстенъ*. Принципъ тождества. 49.

Такъ какъ содержаніе права составляетъ пользованіе, а пользоваться необходимо чѣмъ-нибудь, то всякое право имѣетъ *объектъ*. Всякое дѣйствительное право есть право на что-нибудь.

Допущеніе нѣкоторыми, напр. Беккеромъ, безобъектныхъ правъ обусловлено обращеніемъ исключительнаго вниманія на одинъ лишь формальный моментъ въ правѣ, на одно лишь правопритязаніе. Но содержаніе права составляетъ всегда обезпеченное правопритязаніемъ пользованіе, непремѣнно предлагающее объектъ.

Объектомъ права можетъ быть все то, что служитъ средствомъ осуществленія разграничиваемыхъ правомъ интересовъ. Но всѣ наши интересы осуществляются не иначе, какъ съ помощью какой-нибудь силы. Поэтому общимъ образомъ можно сказать, что объектомъ правъ служатъ *силы*.

Пользованіе силами, служащими средствомъ осуществленія нашихъ интересовъ, въ большинствѣ случаевъ выражается въ дѣйствіяхъ. Поэтому нѣкоторые юристы считаютъ дѣйствія, свои или чужія, единственнымъ непосредственнымъ объектомъ правъ. Но принять такое опредѣленіе объекта невозможно, такъ какъ, будучи послѣдовательно проведено, оно приводитъ къ совершенно несообразнымъ выводамъ. Дѣло въ томъ, что бываютъ случаи, когда права принадлежатъ лицу, не могущему совершать дѣйствій, напр., ребенку, идіоту. Тогда за нихъ необходимыя дѣйствія по распоряженію ихъ имуществомъ совершаетъ другое лицо, опекунъ. Слѣдовательно, признавъ единственнымъ объектомъ права дѣйствія, придется признать, что объектъ иныхъ правъ, напр., права собственности, можетъ мѣняться, смотря по тому, кто ихъ субъектъ. Если субъектъ права собственности—лицо дѣеспособное, объектъ этого права собственныя дѣйствія субъекта; если субъектъ недѣеспособный, объектомъ того же права собственности оказываются чужія дѣйствія, дѣйствія опекуна. Другими словами, получается совершенная несообразность: у одного и того же права оказываются два совершенно разнородныхъ объекта. Если же не считать дѣйствій опекуна объектомъ права собственности, то право это, насколько принадлежитъ лицу недѣеспособному, останется и вовсе безъ объекта, такъ какъ грудной ребенокъ, напримѣръ, не можетъ совершать дѣйствій, представляющихъ осуществленіе пользованія принадлежащимъ ему имуществомъ.

Силы, являющіяся объектомъ правъ, представляются весьма разнообразными, и по своей природѣ, и по своему отношенію къ людямъ,

какъ субъектамъ правъ. Съ юридической точки зрѣнія различіе природы силъ не имѣетъ значенія. Но отношеніе силы къ субъекту необходимо вліяетъ на характеръ самаго права. Поэтому классификація объектовъ и строится на этомъ именно признакѣ.

Различаютъ четыре категоріи объектовъ: 1) собственныя силы субъекта, 2) силы природы, 3) силы другихъ людей и 4) силы общества. Каждый изъ этихъ объектовъ стоитъ въ особомъ отношеніи къ субъекту права. Собственныя силы составляютъ неотъемлемую принадлежность самого субъекта права. Онѣ ему прирождены и потому распредѣленіе ихъ между отдѣльными людьми установлено, такъ сказать, самою природою. Право не предоставляетъ человѣку пользованія ими, а только ограничиваетъ и охраняетъ его. Силы другихъ людей не предоставлены самою природою въ наше пользованіе. Мы должны получить это пользованіе тѣмъ или другимъ путемъ, опредѣляемымъ правомъ. Но силы эти связаны всетаки съ личностью человѣка, хотя и не того, которому принадлежитъ данное право. Эта связь съ личностью человѣка дѣлаетъ необходимымъ ограниченіе объема правъ на эти объекты: иначе такое право могло бы превратиться въ право не только на отдѣльныя силы человѣка, но и на самую его личность. Силами природы человѣкъ можетъ пользоваться, насколько онѣ проявляются въ отдѣльныхъ частяхъ матеріи—въ вещахъ. Вещи не распредѣлены природой между отдѣльными людьми и не находятся ни въ какой непосредственной связи съ личностью человѣка. Поэтому юридическія нормы въ отношеніи къ нимъ не только регулируютъ пользованіе, но и опредѣляютъ принципы ихъ распредѣленія между людьми, и кромѣ того права на вещи представляются самыми широкими по объему, самыми абсолютными. Силы общественныя составляютъ принадлежность не отдѣльной личности, а цѣлаго общественнаго союза и представляютъ ту характерную особенность, что отдѣльныя личности, какъ члены общественнаго союза, необходимо подпадаютъ дѣйствію этихъ силъ.

Пользованіе собственными силами физическими и духовными составляетъ первое необходимое условіе осуществленія нашихъ интересовъ. Но пользованіе это можетъ, во-первыхъ, принимать такія формы, что стѣснитъ осуществленіе чужихъ интересовъ. Отсюда является надобность установить извѣстныя ограниченія пользованія и собственными силами, а такъ какъ пользованіе собственными силами всегда выражается въ какомъ-либо дѣйствіи человѣка, то ограниченія эти не иначе могутъ быть характеризованы, какъ ограниченія свободы человѣческихъ дѣйствій. Во-вторыхъ, дѣятельность другихъ людей можетъ создать препятствія пользованію собственными силами. Поэтому надо обезпечить юридическими нормами пользованіе собственными силами, возложивъ на другихъ соотвѣтствующую обязанность. По общему правилу юриди-

ческимъ ограниченіямъ подлежатъ только такія дѣйствія, которыми осуществляются наши мысли или желанія, другими словами, которыми во внѣ производятся измѣненія, согласныя съ нашими желаніями, такъ какъ только такія дѣйствія могутъ помѣшать осуществленію чужихъ интересовъ. Дѣйствія, представляющія только *обнаруженіе*, а не осуществленіе нашихъ мыслей, никакимъ ограниченіямъ не подлежатъ. Простое обнаруженіе даже умысла совершить преступленіе само по себѣ не наказуемо. Исключеніе изъ этого общаго правила составляютъ лишь тѣ случаи, когда самая форма обнаруженія нашихъ мыслей представляетъ посягательство на чужіе интересы. Такъ, воспрещается обнаруженіе мнѣнія о другомъ въ оскорбительной для него формѣ; воспрещается обнаруженіе желанія, противнаго предписаніямъ закона въ формѣ угрозы. Подвергается также особымъ ограниченіямъ обнаруженіе мыслей путемъ печати или публичныхъ рѣчей, такъ какъ тутъ обнаруженіе получаетъ особенно широкую гласность. Напередъ читатель не можетъ знать, что содержится въ данной брошюрѣ или газетной статьѣ, а прочтя ее, онъ уже не можетъ освободиться отъ полученнаго отъ чтенія впечатлѣнія. Въ такое же положеніе ставится и всякій случайный слушатель публичной рѣчи.

Признаніе какъ общаго правила свободы простого обнаруженія мыслей есть, однако, дѣло сравнительно новое. Въ старину право стремилось регулировать и обнаруженіе мыслей. Это объясняется тѣмъ, что прежде вѣрили въ возможность причинять другому вредъ одною мыслью (дурнымъ глазомъ) или, по крайней мѣрѣ, словами, которымъ приписывали ту же силу и значеніе, какъ и обозначаемымъ ими предметамъ.

Обезпеченіе возможности пользоваться собственными силами выражается въ юридической охранѣ жизни, здоровья, тѣлесной неприкосновенности и нравственнаго достоинства лица.

Во многихъ случаяхъ собственныя силы человѣка оказываются недостаточными для осуществленія его интересовъ и оказывается надобность въ содѣйствіи другихъ людей. Это приводитъ къ установленію правъ на силы другихъ людей. Современное правосознаніе не допускаетъ, однако, существованія правъ на самую личность человѣка. Допускаются только права на отдѣльныя *услуги*. Да и право на отдѣльную услугу не имѣетъ, обыкновенно, абсолютнаго характера. Если обязавшійся оказать опредѣленную услугу отказывается ее выполнить, всетаки его нельзя силою заставить исполнить эту услугу. Права на услуги имѣютъ обыкновенно альтернативный характеръ: обязавшійся долженъ или выполнить услугу, или вознаградить за причиненный ея опущеніемъ вредъ. Только право государства на нѣкоторыя услуги его подданныхъ (напримѣръ, отбываніе воинской повинности) имѣетъ безусловный характеръ.

Что касается отдѣльныхъ частей человѣческаго тѣла, то надо разли-

чать части уже отдѣленныя и неотдѣленныя. Отдѣлившаяся часть человѣческаго тѣла (напримѣръ, отрѣзанные волоса, выдернутый зубъ, срѣзанная опухоль) приравнивается по своему юридическому положенію къ положенію другихъ вещей, потому что въ отдѣлившейся части тѣла уже не могутъ проявляться силы человѣка. Неотдѣленныя же части человѣческаго тѣла, составляя принадлежность личности, не могутъ подчиняться чужой власти. Поэтому не можетъ существовать право непосредственно на чужое тѣло или на его неотдѣленныя части. Нельзя пріобрѣсть права собственности на неотрѣзанные еще волосы, на невыдернутые еще зубы, нельзя пріобрѣсть права пользованія чужимъ тѣломъ, напримѣръ, тѣломъ урода, карлика, великана, для показанія его за деньги публикѣ. Можно пріобрѣсть право только на дѣйствіе человѣка, заключающееся въ предоставленіи пользованія его тѣломъ или частями тѣла. Если же онъ отказывается добровольно совершить это дѣйствіе, принужденіе не можетъ имѣть мѣсто. Въ такомъ случаѣ, можно требовать только вознагражденія за причиненный отказомъ ущербъ.

Кромѣ собственныхъ силъ и силъ другихъ людей, необходимымъ средствомъ осуществленія человѣческихъ интересовъ служатъ также силы природы. Дѣйствіе силъ природы проявляется всегда въ какой-нибудь части матеріи, и человѣкъ не иначе можетъ воспользоваться дѣйствіемъ этихъ силъ для осуществленія своихъ интересовъ, какъ обладая данной частью матеріи. Отдѣльныя части матеріи называютъ вещами, и потому объектомъ права считаются не силы природы, а *вещи*, хотя осуществленію человѣческихъ интересовъ служитъ не инертная матерія, а проявляющіяся въ ней силы.

Не всѣ вещи могутъ быть объектомъ правъ, а только тѣ, которыя подлежатъ человѣческому воздѣйствію. Поэтому звѣзды, облака не могутъ быть объектомъ права. Затѣмъ, есть вещи, могущія быть объектомъ исключительнаго обладанія отдѣльныхъ лицъ, и такія, которыя по самой своей природѣ могутъ быть объектомъ только общаго пользованія, напримѣръ, воздухъ, проточная вода, открытое море: это такъ-называемые res communes omnium.

Но и изъ вещей, способныхъ по своей природѣ стать объектомъ частнаго обладанія, не всѣ предоставляются въ частное обладаніе положительнымъ правомъ. Таковы такъ называемыя публичныя вещи, res publicae, qua extra commercium sunt, напримѣръ, дороги. Физически онѣ могли бы быть захвачены въ частное обладаніе, но это признается несогласнымъ съ ихъ назначеніемъ. Отъ публичныхъ вещей, какъ немогущихъ быть, по опредѣленію положительнаго права, объектомъ частнаго обладанія, слѣдуетъ отличать такія, которыя только случайно не находятся въ данное время ни въ чьемъ частномъ обладаніи: это вещи ничьи, res nullius quae extra partimonium nostrum sunt.

Въ одной и той-же вещи можетъ проявляться дѣйствіе не одной только, но и нѣсколькихъ разнообразныхъ силъ. Право можетъ обезпечить человѣку пользованіе всѣми вообще возможными проявленіями силъ въ данной вещи или только опредѣленными проявленіями въ ней той или другой силы. Въ первомъ случаѣ господство лица надъ вещью шире и полнѣе. Такого рода полное господство надъ вещью называется *собственностью* или *правомъ собственности*, dominium. Собственникъ можетъ пользоваться всѣми проявленіями силъ въ принадлежащей ему вещи, развѣ какое-нибудь частное проявленіе силы прямо будетъ изъято изъ его пользованія. Напротивъ, лицо, имѣющее только право пользованія вещью, ему не принадлежащей въ собственность, ограничивается пользованіемъ лишь отдѣльными, прямо предоставленными ему проявленіями силъ. Поэтому одна и та же вещь можетъ быть одновременно объектомъ и собственности и другихъ менѣе полныхъ правъ—правъ въ чужой вещи, jura in re aliena.

Съ нѣкоторыми различіями въ естественныхъ свойствахъ вещей соединяются и юридическія различія. Такъ, большое значеніе въ юридическомъ быту имѣетъ различіе *движимости* и *недвижимости*, mobilia et immobilia. Недвижимостью называется земля и все такъ неразрывно связанное съ землею, что безъ нарушенія своей цѣлости не можетъ быть отдѣлено отъ земли; движимостью—все остальное. Съ этимъ различіемъ связано различіе въ способахъ установленія правъ въ порядкѣ наслѣдованія, въ способахъ защиты противъ нарушеній.

Вещь, будучи частью матеріи, сама слагается изъ частей же матеріи. Понятіе части—понятіе совершенно относительное. Одну и ту же часть матеріи мы можемъ разсматривать и какъ самостоятельную вещь, и какъ часть другой вещи. Отсюда получается понятіе о составныхъ вещахъ, universitas rerum, слагающихся изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ вещей, но служащихъ осуществленію одного интереса и потому юридически разсматриваемыхъ какъ одна вещь. Таковы, напримѣръ, магазины съ товаромъ, стада и т. п. Иногда взаимное отношеніе отдѣльныхъ вещей, входящихъ въ составъ сложной вещи, представляется отношеніемъ соподчиненія, такъ что одна вещь составляетъ принадлежность другой; напримѣръ, двери есть принадлежность дома. Принадлежность составляютъ такія вещи, безъ которыхъ главная не можетъ выполнять своего назначенія, напримѣръ, карета безъ колесъ, или которыя не могутъ быть отдѣлены отъ главной безъ ея поврежденія. Принадлежности во всемъ слѣдуютъ судьбѣ главной вещи.

Послѣднюю категорію объектовъ права составляютъ силы общества. Мы ихъ отличаемъ отъ силъ отдѣльныхъ лицъ. Сила общества не равна суммѣ силъ его членовъ; она значительно больше. Это объясняется организаціей общества, сплачивающей силы отдѣльныхъ личностей, привыч-

кой подчиняться требованіямъ общественной жизни и нравственнымъ ея авторитетомъ въ глазахъ членовъ общества.

Общеніе людей принимаетъ разнообразныя формы, болѣе или менѣе обширныхъ и интенсивныхъ соединеній. Каждое меньшее общеніе подчиняется большему, такъ что сила меньшихъ можетъ быть разсматриваема, какъ развѣтвленіе силъ большого союза. Въ концѣ концовъ всѣ союзы людскіе сводятся къ одному общему союзу человѣчества, такъ какъ человѣчество обнимаетъ собою всѣ меньшіе союзы и они зависятъ отъ него. Но сила не каждаго общественнаго союза получаетъ опредѣленное внѣшнее выраженіе, а только сила тѣхъ, которые имѣютъ опредѣленную организацію. Только сила такихъ *организованныхъ союзовъ*, проявляющаяся, какъ *власть* ихъ надъ своими членами, и можетъ быть объектомъ правъ. Наиболѣе важными союзами такого рода являются государство, церковь и семья.

§ 33. Юридическіе факты.

Ihering. Geist. III § 53. *Zitelmann.* Irrthum und Rechtsgeschäfft. s. 200 ff. *Thon.* Rechtsnorm und subjektives Recht, ss. 71 ff. ss. 325 ff.

Юридическія отношенія не остаются неподвижными. Они возникаютъ, измѣняются, исчезаютъ. Чѣмъ же обусловливаются эти измѣненія?

Юридическое отношеніе необходимо предполагаетъ составляющія его право и обязанность, а они являются результатомъ примѣненія юридическихъ нормъ. Мы знаемъ, съ другой стороны, что примѣненіе юридическихъ нормъ обусловлено наличностью извѣстныхъ фактовъ, опредѣленныхъ въ ихъ гипотезѣ. Поэтому и жизнь юридическихъ отношеній обусловливается чередованіемъ такихъ фактовъ, служащихъ фактическимъ предположеніемъ примѣненія юридическихъ нормъ. Факты, обусловливающіе примѣненіе юридическихъ нормъ, называются также *юридическими фактами.*

Фактическимъ предположеніемъ примѣненія юридической нормы обыкновенно служитъ наличность не одного факта, а нѣсколькихъ. Напримѣръ, для пріобрѣтенія права собственности посредствомъ давностнаго владѣнія необходимо: 1) намѣреніе владѣть вещью, какъ своею; 2) опредѣленная продолжительность владѣнія; 3) непрерывность, и 4) безспорность. Только при наличности всѣхъ этихъ условій давностное владѣніе порождаетъ право собственности. Совокупность всѣхъ такихъ обстоятельствъ, наличность которыхъ служитъ условіемъ примѣненія юридической нормы, называется *составомъ практическихъ предположеній* (Thatbestand). Условія, входящія въ составъ фактическихъ предположеній, могутъ относиться или къ внѣшнимъ фактамъ, или къ области сознательной душевной жизни человѣка, что можетъ имѣть мѣсто, конечно,

только въ отношеніи къ человѣческимъ дѣйствіямъ, такъ какъ въ нихъ только участвуетъ человѣческое сознаніе. Сообразно съ этимъ различаютъ *объективный* и *субъективный составъ* фактическихъ предположеній. Такъ, для того, чтобы завѣщаніе имѣло юридическую силу, требуется наличность не только опредѣленныхъ внѣшнихъ объективныхъ условій (имѣть письменную форму, быть составленнымъ при участіи опредѣленнаго числа свидѣтелей), но и кромѣ того, со стороны составителя завѣщанія, требуется наличность и нѣкоторыхъ субъективныхъ условій (здравый умъ и твердая память). Совокупность внѣшнихъ условій образуетъ объективный составъ завѣщательной сдѣлки, а совокупность условій, относящихся къ душевному состоянію завѣщателя,—ея субъективный составъ. Примѣненіе юридической нормы можетъ быть обусловлено одними только объективными условіями. Это имѣетъ мѣсто въ отношеніи ко всѣмъ тѣмъ юридическимъ фактамъ, которые не представляются дѣйствіями людей. Напримѣръ, открытіе наслѣдства по закону обусловлено только смертью наслѣдодателя и наличностью у него родственниковъ, способныхъ наслѣдовать. Никакихъ субъективныхъ условій тутъ не требуется. Но исключительно субъективнаго состава фактическія предположенія не могутъ имѣть. Это потому, что право имѣетъ дѣло только съ мыслями, проявившимися во внѣ. Сами же по себѣ, независимо отъ ихъ проявленія во внѣ, мысли наши и желанія не подлежатъ юридической нормировкѣ. Юридическое значеніе могутъ имѣть только человѣческія дѣйствія, представляющія собою внѣшнее проявленіе мысли или желанія и слагающіяся изъ субъективнаго (мысль) и объективнаго (внѣшнее ея проявленіе) элементовъ. Такимъ образомъ мы получаемъ первое различіе юридическихъ фактовъ: на *событія*, имѣющія только объективный составъ, и *дѣйствія*, имѣющія и субъективный и объективный составъ.

Различнымъ также можетъ быть отношеніе юридическихъ фактовъ къ требованіямъ юридическихъ нормъ: юридическіе факты могутъ быть согласны съ ними, но могутъ имъ и противорѣчить. Сообразно съ этимъ юридическіе факты бываютъ или *правомѣрные* или *неправомѣрные*.

Если принять въ соображеніе какъ различіе событій и дѣйствій, такъ и различіе правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ фактовъ, то получимъ четыре категоріи юридическихъ фактовъ: 1) правомѣрныя событія, 2) правомѣрныя дѣйствія, 3) неправомѣрныя событія и 4) неправомѣрныя дѣйствія. Такая классификація юридическихъ фактовъ представляетъ, однако, нѣкоторыя неудобства. Дѣло въ томъ, что не при всякомъ правомѣрномъ дѣйствіи имѣетъ значеніе внутренняя сторона. Многія правомѣрныя дѣйствія людей юридически разсматриваются совершенно такъ-же какъ и событія, такъ что внутренняя сторона ихъ не имѣетъ никакого значенія. Будутъ ли они сознательными дѣйствіями или нѣтъ—юридическое значеніе ихъ остается совершенно одинаковымъ. Напр., уничто-

женіе собственной вещи одинаково влечетъ за собой прекращеніе права на нее, все равно, будетъ ли оно уничтожено сознательно или нѣтъ, и то же самое послѣдствіе наступило бы и въ томъ случаѣ, если бы вещь погибла случайно, въ силу дѣйствія силъ природы. Поэтому всѣ такія правомѣрныя дѣйствія, для юридическихъ послѣдствій котораго безразлична ихъ внутренняя сторона, относятся къ числу событій и вмѣстѣ съ ними называются юридическими фактами въ тѣсномъ смыслѣ, а въ особую группу выдѣляются только тѣ правомѣрныя дѣйствія, юридическое значеніе которыхъ обусловлено намѣреннымъ ихъ совершеніемъ. Эти дѣйствія технически называются *юридическими дѣйствіями.* Надобно замѣтить также, что неправомѣрныя событія имѣютъ юридическое значеніе лишь настолько, насколько ими порождается длящееся неправомѣрное состояніе, требующее возстановленія права. Поэтому вмѣсто неправомѣрныхъ событій говорятъ обыкновенно о *неправомѣрномъ состояніи.* Наконецъ, неправомѣрныя дѣйствія короче называются *правонарушеніями.*

Такимъ образомъ съ указанными измѣненіями мы получаемъ слѣдующія четыре категоріи юридическихъ фактовъ:

1) собственно юридическіе факты;
2) юридическія дѣйствія;
3) неправомѣрныя состоянія;
4) правонарушенія.

Юридическими фактами въ тѣсномъ смыслѣ слова называются такія событія и дѣйствія, которыя не представляютъ собою ничего противнаго требованіямъ юридическихъ нормъ и которымъ независимо отъ намѣренности ихъ совершенія присвоено опредѣленное юридическое значеніе, заключающееся или въ установленіи новыхъ правъ и обязанностей, или въ измѣненіи и прекращеніи уже существующихъ. Такъ какъ право и обязанность всегда служатъ лишь результатами разграниченія юридическою нормою сталкивающихся интересовъ, то юридическое значеніе присвоивается лишь тѣмъ фактамъ, которые могутъ служить признакомъ или причиной наличности извѣстныхъ интересовъ, или ихъ измѣненія и исчезновенія. Такъ, напр., рожденіе въ предѣлахъ даннаго государства и отъ его гражданъ предполагаетъ наличность интереса считаться подданнымъ этого самаго государства и потому порождаетъ право мѣстнаго подданства. Такъ неосуществленіе права въ теченіе долгаго времени можетъ служить признакомъ исчезновенія интереса, составлявшаго содержаніе права: на этомъ и основана погасительная давность. Въ другихъ случаяхъ юридическій фактъ составляетъ причину появленія измѣненія или прекращенія интересовъ. Такъ смерть лица есть причина прекращенія всѣхъ его интересовъ и потому влечетъ за собою прекращеніе всѣхъ его правъ.

Но далеко не всѣ интересы представляются такъ прямо связанными съ опредѣленными фактами. Можно сказать, что даже большинство интересовъ не имѣютъ такихъ внѣшнихъ, легко распознаваемыхъ признаковъ ихъ появленія, измѣненія и прекращенія. Въ такихъ случаяхъ гипотеза нормы не содержитъ въ себѣ указанія на опредѣленные факты, а ставитъ примѣненіе нормы въ зависимость отъ признанія наличности данныхъ интересовъ въ каждомъ частномъ случаѣ лицами или призванными къ тому долгомъ службы, или побуждаемыми къ тому личными своими интересами. Признаніе наличности интересовъ выражается, конечно, въ дѣйствіяхъ людей, и притомъ непремѣнно дѣйствіяхъ, вызванныхъ намѣреніемъ признать наличность даннаго интереса. Случайно или безсознательно совершенное дѣйствіе не можетъ служить выраженіемъ такого признанія. Слѣдовательно, примѣненіе нормъ, разграничивающихъ интересы, которые не могутъ быть пріурочены къ опредѣленнымъ, легко распознаваемымъ признакамъ, обусловливается намѣренно для того совершаемыми дѣйствіями или иначе юридическими дѣйствіями. Юридическія дѣйствія бываютъ двоякаго рода. Если совершеніе ихъ предоставлено частнымъ лицамъ, побуждаемымъ къ ихъ совершенію личнымъ интересомъ,—это будутъ *юридическія сдѣлки* (negotia juris. Rechtsgeschäfte); если же совершеніе ихъ предоставлено должностнымъ лицамъ, побуждаемымъ къ тому долгомъ службы, это—*распоряженія* (Verfügungen). Какъ тѣ, такъ и другія могутъ быть и *односторонними* и *двусторонними*. Одностороннее дѣйствіе есть проявленіе одной воли, двустороннее—совмѣстное проявленіе двухъ или нѣсколькихъ воль. Односторонняя юридическая сдѣлка можетъ касаться только собственныхъ правъ дѣятеля, потому что только надъ ними частное лицо имѣетъ власть распоряженія. Примѣрами односторонней сдѣлки могутъ служить завѣщаніе и отказъ отъ собственнаго права. Одностороннее правительственное распоряженіе, какъ проявленіе власти, можетъ касаться и правъ частныхъ лицъ: оно можетъ ихъ ограничивать и прекращать. Двусторонняя сдѣлка основывается на соглашеніи не подчиненныхъ другъ другу лицъ и имѣетъ потому форму договора. Двустороннее распоряженіе не можетъ имѣть такого характера, такъ какъ изъ двухъ участвующихъ въ ней воль одна есть властвующая, другая подчиненная. Потому тутъ взаимное ихъ соотношеніе получаетъ характеръ соотношенія просьбы (напр., просьбы объ опредѣленіи на службу, о выдачѣ концессіи) и соизволенія на нее (принятіе на службу, предоставленіе концессіи).

Совершеніе какъ юридическихъ сдѣлокъ, такъ и правительственныхъ распоряженій обставлено извѣстными условіями, относящимися частью къ субъекту, совершающему дѣйствія, частью къ формѣ самыхъ дѣйствій. Способность совершать юридическія сдѣлки называется *дѣеспособностью.* Дѣеспособности лишены несовершеннолѣтніе, душевно-больные и лишен-

ные всѣхъ правъ состоянія. Кромѣ того, въ отношеніи къ отдѣльнымъ родамъ дѣйствій установляются спеціальныя ограниченія. Поэтому различаютъ общую и частную дѣеспособность. Дѣйствіе, совершенное недѣеспособнымъ субъектомъ, признается ничтожнымъ.

Способность совершать правительственныя распоряженія составляетъ понятіе *компетенціи*. Общей компетенціи не существуетъ. Компетенція каждаго правительственнаго учрежденія ограничена только распоряженіями опредѣленнаго рода. Распоряженіе, сдѣланное внѣ предѣловъ предоставленной учрежденію компетенціи, также не имѣетъ силы, какъ и дѣйствіе недѣеспособнаго.

Для нѣкоторыхъ юридическихъ дѣйствій установлена опредѣленная форма, причемъ она можетъ имѣть двоякое значеніе: иногда форма не имѣетъ безусловной обязательности и служитъ только для приданія дѣйствію большей опредѣленности и для облегченія въ будущемъ удостовѣренія въ дѣйствительномъ совершеніи дѣйствія, во времени совершенія и въ самомъ содержаніи дѣйствія. Такія формы суть только формы упроченія (corroboratio). Въ другихъ случаяхъ форма установляется какъ неотъемлемая принадлежность дѣйствія, такъ что внѣ этой формы даннаго дѣйствія вовсе не можетъ существовать, какъ юридическаго дѣйствія. Въ такомъ случаѣ форма не только служитъ упроченію, но и составляетъ, такъ сказать, самое тѣло дѣйствія (corpus negotii). Примѣромъ формъ перваго рода служитъ письменная форма заемнаго обязательства. Заемъ можетъ существовать и внѣ письменной формы, и въ случаѣ признанія долга должникомъ долгъ можетъ быть съ него взысканъ и безъ предъявленія письменнаго обязательства. Въ примѣръ формы, служащей неотъемлемой принадлежностью сдѣлки, можно привести крѣпостную форму купчей: внѣ этой формы купля недвижимости вовсе не существуетъ. Домашняя купля недѣйствительна, хотя-бы никѣмъ не оспаривалась.

Подобное же различіе формъ примѣняется и къ правительственнымъ распоряженіямъ. Однѣ изъ установленныхъ для нихъ формъ вызываются только соображеніями удобства и порядка дѣлопроизводства и несоблюденіе такихъ формъ можетъ влечь для нарушителя формы дисциплинарную отвѣтственность, но не лишаетъ распоряженія обязательной силы. Другія формы, напротивъ, являются непремѣннымъ условіемъ самой обязательности распоряженія для гражданъ.

Юридическія дѣйствія могутъ быть совершаемы однимъ лицомъ за другое въ силу *представительства*. Оно заключается въ томъ, что *представитель* совершаетъ дѣйствіе отъ имени *представляемаго*, съ тѣмъ, чтобы всѣ юридическія послѣдствія этого дѣйствія наступили для представляемаго. Представительство можетъ быть *необходимое* и *добровольное*. Необходимое представительство имѣетъ мѣсто въ отношеніи къ тѣмъ

лицамъ, которыя сами не могутъ совершать юридическихъ дѣйствій, каковы недѣеспособныя юридическія лица, лишенныя естественной способности дѣйствовать и нуждающіяся поэтому въ помощи представляющихъ ихъ органовъ. Добровольное представительство имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, способное и само совершить юридическое дѣйствіе, поручаетъ совершеніе его другому лицу по соглашенію.

Неправомѣрное состояніе и правонарушеніе имѣютъ между собою то общее, что и то и другое представляетъ противорѣчіе требованіямъ права. Но вмѣстѣ съ тѣмъ между ними существуетъ и существенное различіе. Требованія юридическихъ нормъ обращаются только къ сознательной волѣ людей: право не можетъ и не стремится регулировать дѣйствіе безсознательныхъ силъ природы. Поэтому и нарушителемъ права можетъ быть только одна сознательная воля человѣка. Все совершенное другими дѣятелями не можетъ составить правонарушенія. Но и безсознательно дѣйствующія силы могутъ породить такое положеніе вещей, которое противорѣчитъ требованіямъ права. Вѣтеръ, напр., можетъ унести вещь, принадлежащую одному, во владѣніе другого. Сюда же относятся случаи, когда люди дѣйствуютъ безсознательно, напр., въ припадкѣ душевной болѣзни. Во всѣхъ этихъ случаяхъ нѣтъ правонарушенія, а можетъ быть только неправомѣрное состояніе.

Неправомѣрное состояніе всегда порождаетъ интересъ возстановленія согласнаго съ требованіями права положенія вещей и потому изъ него вытекаетъ для того, осуществленіе чьихъ правъ стѣснено неправомѣрнымъ состояніемъ, право требовать его устраненія. Правонарушеніе, кромѣ интереса возстановленія правомѣрнаго состоянія, порождаетъ и другіе интересы. Дѣло въ томъ, что сознательное совершеніе запрещеннаго юридической нормой представляетъ общую опасность подрыва авторитета этихъ нормъ и, слѣдовательно, прочности юридическаго порядка обезпеченности правъ. Отсюда—потребность въ такихъ мѣрахъ противъ правонарушителя, которыя бы *предупредили* повтореніе правонарушеній. Сознательное правонарушеніе, далѣе, всегда предполагаетъ *вину* нарушителя и потому порождаетъ требованіе *возмездія*. Наконецъ, сознательное нарушеніе права служитъ признакомъ такого настроенія воли правонарушителя, которое требуетъ исправленія. Для осуществленія всѣхъ этихъ интересовъ: предупрежденія повторенія правонарушенія, возмездія за вину, исправленія преступника—служитъ *наказаніе*.

Не всякое, однако, сознательное правонарушеніе наказуемо. Наказанія установляются лишь за тѣ изъ нихъ, которыя представляютъ болѣе общее значеніе; за тѣ-же правонарушенія, которыя касаются главнымъ образомъ правъ отдѣльныхъ лицъ, налагается обязанность вознаградить потерпѣвшаго за причиненный ему вредъ.

Правонарушенія, влекущія за собой наказанія, *называются преступленіями*.

Сознательность совершенія есть необходимое условіе наказуемости, потому что только сознательное дѣйствіе можетъ быть вмѣнено въ вину человѣку. Только виновнагс можно наказывать. Вина можетъ быть различна. Вина преступника можетъ быть прямо направлена на нарушеніе права—это *умышленная вина*; но вина можетъ также состоять и въ томъ, что человѣкъ совершаетъ дѣйствія, представляющія опасность правонарушенія: это *вина неосторожная*.

ГЛАВА III.

Частное и публичное право.

§ 32. Классификаціи по различію содержанія.

Savigny, System 1. S. 23. *Stahl*, die Philosophie des Rechts. II. S. 300. *Ahrens*, Encyclopädie, S. 117.

Юридическія отношенія весьма разнообразны. Подробное изученіе отдѣльныхъ группъ ихъ составляетъ задачу спеціальныхъ юридическихъ наукъ. Но и общее ученіе о правѣ не можетъ обойтись безъ объясненія, по крайней мѣрѣ, самыхъ характерныхъ, самыхъ основныхъ особенностей отдѣльныхъ правъ. Для этого необходимо, конечно, установить общую классификацію правовыхъ отношеній. Основнымъ дѣленіемъ права почти всѣми признается дѣленіе права на частное и публичное [1]). Но относительно того, въ чемъ основаніе этого различія,—до сихъ поръ нѣтъ согласія между юристами.

Римляне сводили различіе частнаго и публичнаго права къ различію охраняемыхъ интересовъ, различая именно интересы частные и общіе. Publicum jus est, говоритъ Ulpianus (in 1, 1, § 2 de justitia et jure) quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam priviatm. Это опредѣленіе находитъ себѣ сторонниковъ и до сихъ поръ. Брунсъ (Holzendorffs, Encyclopäedie, 3 Auf. S. 340) и Нейнеръ (Neuner. Privatrechtsverhältnisse, S. I) высказываются за него. Но большинствомъ юристовъ уже давно это дѣленіе было признано несостоятельнымъ. И дѣйствительно, выставленное римлянами различіе представляется до такой степени неопредѣленнымъ, что рѣшительно не достигаетъ своей цѣли: разграничить и опредѣлить различныя области права. Такъ, прежде всего, нельзя противополагать, такимъ образомъ, интересы общіе и частные. Съ одной стороны, интересы только и существуютъ у отдѣльныхъ

---

[1]) Нѣкоторыми, на ряду съ частнымъ и публичнымъ правомъ, признаются самостоятельными отраслями церковное право (Вальтеръ), международное (Варнкенигъ), общественное (Моль Резлеръ).

людей, такъ какъ только люди суть дѣйствительные реальные элементы общежитія. Общій интересъ есть не что иное, какъ та или другая совокупность частныхъ интересовъ. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что все право установлено ради охраны интересовъ отдѣльныхъ лицъ, т. е. частныхъ интересовъ. Съ другой стороны, правовая охрана дается только тѣмъ интересамъ отдѣльныхъ лицъ, которые имѣютъ болѣе или менѣе общее значеніе или потому, что они общи цѣлой группѣ лицъ, напримѣръ, охрана интересовъ врачей, или потому, что данный интересъ есть интересъ хотя одного отдѣльнаго лица, но занимающаго въ обществѣ такое положеніе, что его интересъ получаетъ общее значеніе, напр., интересы монарха. Въ такомъ смыслѣ, наоборотъ, можно сказать, что всякое право охраняетъ общіе интересы.

Конечно, можно различать болѣе или менѣе общіе интересы. Но, не говоря уже объ относительности и неопредѣленности такого различія, оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительному различію частныхъ и публичныхъ отношеній. Нельзя сказать, чтобы публичное право касалось всегда болѣе общихъ, частное—менѣе общихъ интересовъ. Неисправность подрядчика арміи во время войны, могущая имѣть своимъ послѣдствіемъ голодъ арміи и въ результатѣ неудачу всей кампаніи или, по крайней мѣрѣ, задержку операцій, представляетъ гораздо болѣе общій интересъ нежели выборы гласнаго въ городскую думу. Тѣмъ не менѣе, подрядъ есть отношеніе частно-гражданское, а отношеніе по выборамъ—публичное. Точно также организація отдѣльнаго министерства представляетъ несравненно меньшій, несравненно менѣе общій интересъ, чѣмъ опредѣленіе порядка перехода недвижимости, или законы, относящіеся къ личному найму. Но организація министерствъ относится къ публичному праву, купля-продажа недвижимости и личный наемъ—къ частному.

Неудовлетворительность римской классификаціи и главнымъ образомъ ея неопредѣленность вызвали цѣлый рядъ попытокъ исправить ее, дать ей болѣе опредѣленную формулировку, причемъ всетаки исходятъ, какъ изъ основанія, изъ различія понятій частнаго и общаго, но облекаютъ это различіе въ другую форму.

Между этими попытками прежде всего обращаетъ на себя вниманіе классификація, выставленная Савиньи.

Его систему, принятую и Шталемъ, можно назвать *телеологическою*. Она представляетъ модификацію римской классификаціи, но весьма существенно отличающуюся отъ той, что была выставлена Ульпіаномъ. У Ульпіана основой классификаціи являлось различіе интересовъ, смотря по тому, разграничиваются ли въ данномъ отношеніи частные или общіе интересы. Савиньи и Шталь различаютъ юридическія отношенія *по ихъ цѣли*. „Въ публичномъ правѣ,—говоритъ Савиньи, — цѣлое является цѣлью, а отдѣльный человѣкъ занимаетъ второстепенное положеніе; на-

противъ, въ частномъ правѣ отдѣльный человѣкъ является цѣлью, а цѣлое (государство)—средствомъ". То же почти говоритъ и Шталь: одни юридическія отношенія имѣютъ цѣлью, задачей удовлетвореніе потребностей отдѣльнаго человѣка, другія—соединеніе людей въ одно высшее цѣлое и регулированіе ихъ жизни въ этомъ единствѣ.

Это различеніе юридическихъ отношеній по субъектамъ, являющимся ихъ цѣлью, въ новѣйшее время было развито полнѣе Іерингомъ въ его сочиненіи Das Zweck im Recht (B. I. 1877, S. 452). Но, развивъ его, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ указалъ и истинное значеніе этого различія. Онъ различаетъ юридическія отношенія по субъектамъ цѣли. Zwecksubjekt Destinatäre, на три класса: дестинатаріемъ служитъ или отдѣльное лицо, или общество, или государство. Но онъ не кладетъ этого различія въ основу системы права. Напротивъ, онъ указываетъ, что каждый отдѣльный институтъ можетъ имѣть дестинатаріемъ то отдѣльное лицо, то общество, то государство. Такъ, напр., собственность можетъ быть или частной, или общественной, или государственной. И дѣйствительно, это различіе не можетъ быть принято основаніемъ системы правъ, такъ какъ система предполагаетъ классификацію институтовъ, а не тѣхъ формъ, какія можетъ послѣдовательно принимать одинъ и тотъ же институтъ.

Классификація Савиньи и Шталя представляетъ попытку соединить въ одно и классификацію по интересамъ, охрана которыхъ есть цѣль права, и классификацію по различію положенія субъекта, какъ самостоятельнаго индивида или какъ члена общественнаго организма. Подобное же соединеніе этихъ двухъ основаній классификаціи представляетъ и классификація Аренса. Аренсъ исходитъ изъ противоположенія конечной и непосредственной цѣли. Конечная цѣль всего права есть человѣческая личность, но она можетъ быть вмѣстѣ и непосредственной цѣлью даннаго юридическаго отношенія,—тогда это будетъ отношеніе частнаго права. Или же непосредственною цѣлью будетъ служить общеніе, общественный организмъ, а не индивидуальная личность,—тогда это будетъ отношеніе публичнаго права. Такимъ образомъ, конечная цѣль, конечная задача и публичныхъ и частныхъ отношеній безразлично одна и та же: различенъ только *способъ ея выполненія,* осуществленія. Въ частномъ правѣ она осуществляется путемъ личнаго самоопредѣленія; въ публичномъ—путемъ совокупной дѣятельности цѣлаго общества.

Классификація Аренса, однако, тоже представляется неудовлетворительной; и у него, какъ и у Шталя, и у Савиньи, остается необъяснимымъ, какимъ образомъ и государство можетъ быть субъектомъ отношеній частно-гражданскаго характера. Когда государство покупаетъ, продаетъ, мѣняетъ, нанимаетъ, подряжаетъ и т. п., оно является цѣлью, а не средствомъ (Савиньи); поставка сапогъ на армію, очевидно, имѣетъ цѣлью вовсе не удовлетвореніе отдѣльнаго человѣка (Шталь) и цѣль при

этомъ достигается не одною индивидуальною дѣятельностью, а и дѣятельностью всего государства, платящаго за сапоги (Аренсъ). Но, кромѣ того, слѣдуетъ указать, что классификація Аренса представляется несостоятельной и потому, что всякая юридическая охрана предполагаетъ содѣйствіе, поддержку со стороны общества, а не одно только индивидуальное самоопредѣленіе.

Неудача этихъ попытокъ исправленія римской классификаціи права побудила нѣкоторыхъ современныхъ, въ особенности русскихъ, юристовъ совершенно отказаться отъ выставленнаго римскими юристами основанія различенія частнаго и публичнаго права и поискать взамѣнъ его другое. Одни изъ нихъ полагаютъ, что основаніемъ различія частнаго и публичнаго права должно быть признано различіе экономическихъ, имущественныхъ интересовъ и интересовъ, не имѣющихъ экономическаго значенія. Другіе ищутъ основанія этого различія въ томъ, будто частное право есть право распредѣленія.

Перваго изъ этихъ воззрѣній держатся: Мейеръ, Умовъ и, въ особенности, Кавелинъ. Послѣднее было выставлено Цитовичемъ.

Кавелинъ [1]) полагаетъ, что обыкновенное разграниченіе публичнаго и частнаго права въ теперешнемъ его видѣ не имѣетъ за собой никакого теоретическаго основанія. Частное или гражданское право соединяетъ въ себѣ совершенно разнородныя части, соединеніе которыхъ, по его мнѣнію, объясняется единственно характеромъ рецепціи римскаго права въ западной Европѣ. Рецепировано было не все римское право, а только нѣкоторыя его части, представлявшія весьма мало общаго по содержанію. Тѣмъ не менѣе тѣ отрасли права, къ которымъ прилагались начала римскаго права, исключительно въ силу единства источника опредѣлявшихъ ихъ нормъ, были соединены въ одно цѣлое, получившее названіе гражданскаго права, jus civile, какъ римляне называли все свое право. Въ настоящее время, а у насъ въ Россіи въ особенности, нѣтъ уже никакого основанія сохранять эту группировку, такъ какъ исчезло и единственное, прежде существовавшее, основаніе соединять воедино то, что принято называть гражданскимъ правомъ, потому что гражданскія отношенія не опредѣляются уже болѣе римскимъ правомъ. Взамѣнъ этой старой, исторически сложившейся классификаціи Кавелинъ предлагаетъ другую, по его мнѣнію, болѣе раціональную и болѣе естественную. Онъ кладетъ въ основу всей классификаціи права различіе имущественныхъ и неимущественныхъ правъ. Теперешнее гражданское право должно превратиться въ право имущественное на томъ основаніи, что и теперь главное его содержаніе составляютъ именно имущественныя права, а все

---

[1]) Что такое гражданское право? 1864. Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ. 1879. Какое мѣсто занимаетъ гражданское право въ системѣ права вообще? (Журналъ гражд. и угол. права. 1880, № 1).

другое является какъ бы постороннимъ и случайнымъ къ нимъ придаткомъ. Потому изъ него должны быть исключены всѣ отношенія, не имѣющія имущественнаго характера, не касающіяся матеріальныхъ цѣнностей, каковы, напримѣръ, семейныя отношенія. Съ другой стороны, оно должно обнять собою *всѣ* имущественныя отношенія безъ исключенія, а потому къ нему должно быть отнесено многое, что теперь причисляется къ публичному праву, напр., ученіе о взысканіи податей, о денежныхъ наказаніяхъ, о содержаніи и пенсіи служащимъ и т. п.

На первый взглядъ такая группировка можетъ подкупать въ свою пользу кажущейся простотой и опредѣленностью. Но внимательное ея разсмотрѣніе открываетъ весьма вѣскіе доводы противъ возможности принять ее. Прежде всего нельзя согласиться съ Кавелинымъ, чтобы современное понятіе гражданскаго права было случайнымъ, лишеннымъ раціональнаго основанія. Если бы и въ самомъ дѣлѣ гражданское право въ современномъ его видѣ представляло, какъ это утверждаетъ Кавелинъ, не что иное, какъ совокупность реципированныхъ частей римскаго права, то и тогда бы составъ его нельзя было считать случайнымъ. Если данныя только части римскаго права были реципированы, то причина этого, конечно, заключалась въ томъ, что только онѣ соотвѣтствовали измѣнившимся условіямъ общественной жизни. Другими словами: реципированная часть представляетъ собою ту отрасль права, которая наименѣе измѣнчива, наименѣе зависитъ отъ особенностей общественнаго быта.

И дѣйствительно, гражданское право есть именно та отрасль права, въ которой замѣчается наибольшая общность, единство, въ которой всего слабѣе отражаются различія историческихъ эпохъ и національностей. А это такое свойство, которое уже само по себѣ можетъ служить достаточно раціональнымъ основаніемъ для выдѣленія данныхъ отношеній въ особую группу.

Затѣмъ, какъ на это указалъ уже Муромцевъ, гражданское право далеко не тождественно съ реципированными частями римскаго права, да и самое сближеніе понятій jus privatum съ jus civile сложилось не ранѣе XVI столѣтія. Гражданское право въ современномъ его составѣ включаетъ такіе институты, какихъ вовсе не знало римское право, напр., право вексельное, и потому едва ли можно утверждать, что соединеніе институтовъ, составляющихъ гражданское право, въ одно цѣлое, объяснялось единственно ихъ, якобы, общимъ источникомъ.

Простота и опредѣленность предлагаемой классификаціи также только кажущіяся. Отдѣлить имущественныя отношенія отъ неимущественныхъ—дѣло далеко не легкое, потому что почти всѣ отношенія имѣютъ и экономическое значеніе, касаются такъ или иначе и матеріальныхъ цѣнностей. Кавелинъ относитъ, какъ мы видѣли, къ гражданскому праву ученіе о денежныхъ наказаніяхъ; но вѣдь и другіе виды наказаній,

хотя бы, напр., ссылка, могутъ также имѣть экономическое значеніе и даже иногда преимущественно экономическое значеніе. Точно также, если къ гражданскому праву относятся „государственная и общественная служба съ вознагражденіемъ“ [1]) и даже воинская повинность [2]), то нѣтъ основанія, почему не отнести туда же и ученіе о представительствѣ, которое также вѣдь имѣетъ и экономическую сторону, выражающуюся или въ получаемомъ представителями содержаніи, или, при безвозмездности функцій народнаго представителя, въ томъ расходѣ, какой онъ неизбѣжно несетъ при исполненіи своихъ функцій. Если къ гражданскому праву относится ученіе о призрѣніи бѣдныхъ, то, конечно, слѣдуетъ къ нему отнести и даровое начальное обученіе. Но, идя этимъ путемъ, мы, одно за другимъ, всѣ рѣшительно отношенія отнесемъ къ гражданскому праву.

Эта неопредѣленность выставленной Кавелинымъ классификаціи еще усиливается тѣмъ, что онъ вовсе не опредѣляетъ понятія „матеріальной цѣнности“, служащей, однако, основаніемъ всей его классификаціи. Вѣроятно, онъ полагалъ, что понятіе это опредѣляется въ политической экономіи. Но экономисты употребляютъ терминъ „цѣнность“ въ двухъ существенно различныхъ значеніяхъ: потребительная цѣнность и мѣновая цѣнность. Подъ понятіе потребительной цѣнности подводится все, что такъ или иначе служитъ удовлетворенію какихъ-либо потребностей человѣка. Адольфъ Вагнеръ, напримѣръ, считаетъ потребительной цѣнностью и самый государственный порядокъ. Очевидно, это понятіе потребительной цѣнности совершенно непригодно для обоснованія классификаціи юридическихъ отношеній. Всякое право нормируетъ пользованіе тѣмъ, что служитъ средствомъ осуществленія людскихъ интересовъ и что, слѣдовательно, подходитъ подъ понятіе потребительной цѣнности. Понятіе мѣновой цѣнности болѣе узкое. Но въ опредѣленіи его экономисты сами ссылаются на право. Мѣновою цѣнностью является все то и только то, что можетъ быть предметомъ частнаго права. При существованіи рабства и человѣкъ былъ мѣновою цѣнностью, при системѣ продажныхъ должностей—и государственныя должности. Если же когда-нибудь будетъ уничтожена частная земельная собственность, тогда и земля потеряетъ значеніе мѣновой цѣнности. Такимъ образомъ различіе частнаго и публичнаго права не можетъ быть основано на понятіи мѣновой цѣнности, такъ какъ само это понятіе обусловлено различіемъ частнаго и публичнаго права.

Проектируемая Кавелинымъ система представляетъ также серьезныя неудобства для изложенія, такъ какъ неизбѣжно ведетъ къ раздѣленію того, что естественно связано между собою. Таковы, напр., взысканіе

---

[1]) Права по имуществамъ, стр. 326.

[2]) Ibidem, 228.

податей и все остальное ученіе о налогахъ, содержаніе чиновникамъ и все остальное ученіе о государственной службѣ. Невозможно дать осмысленное изложеніе ученія о содержаніи, получаемомъ должностными лицами, внѣ связи съ общимъ ученіемъ о государственной службѣ, и наоборотъ, ученіе о государственной службѣ не можетъ быть понято надлежащимъ образомъ, если изъ него исключить ученіе о содержаніи.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманія на то, что, опредѣляя гражданское право, какъ право имущественное, предлагаемая Кавелинымъ группировка не даетъ никакой положительной характеристики публичнаго права и вовсе не выясняетъ ихъ взаимнаго соотношенія.

То же на экономической почвѣ, но нѣсколько иначе, думаетъ найти основаніе для обособленія частнаго и публичнаго права Цитовичъ [1]). По его опредѣленію, частное или гражданское право есть „совокупность постановленій, велѣній положительнаго права, дающихъ порядокъ и форму экономическому распредѣленію въ данное время у даннаго народа: короче—гражданское право есть право распредѣленія“ (Verkehrsrecht). При этомъ онъ оговаривается, что такимъ опредѣленіемъ отнюдь не выключаются изъ области гражданскаго права отношенія семейнаго права. Во-первыхъ эти отношенія примыкаютъ къ распредѣленію въ томъ смыслѣ, что они даютъ особые поводы, изъ-за которыхъ происходитъ распредѣленіе: важнѣйшій изъ такихъ поводовъ есть наслѣдованіе по закону. Во-вторыхъ, наиболѣе частный дѣятель и субъектъ распредѣленія, лицо, является въ той или иной обстановкѣ, смотря по тому, каково его семейное положеніе, которое не безразлично и для него, какъ его право состоянія. Въ-третьихъ, собственно экономическое распредѣленіе не дѣйствуетъ внутри семьи: здѣсь происходитъ свое распредѣленіе, въ основаніи котораго лежитъ начало нравственнаго единства и семейнаго порядка.

Не трудно замѣтить, что все сказанное Цитовичемъ относительно семьи одинаково примѣнимо и къ государству. И государственныя отношенія даютъ особые поводы для распредѣленія: государство платитъ жалованье, раздаетъ пожалованія, занимаетъ и платитъ долги. Затѣмъ „субъектъ распредѣленія, лицо, является въ той или иной обстановкѣ, не безразличной для права“, не только смотря по тому, каково его семейное положеніе, но точно также и смотря по тому, каково и государственное его положеніе: такъ сословныя различія имѣли огромное значеніе для условій распредѣленія. Наконецъ, и та часть народнаго богатства, которое государство выдѣляетъ посредствомъ системы налоговъ и государственныхъ имуществъ въ свое распоряженіе, распредѣляется не по общимъ законамъ экономическаго распредѣленія, а по особымъ политическимъ соображеніямъ. Да и вообще нѣтъ никакого сомнѣнія, что орга-

[1]) Курсъ русскаго гражданскаго права, I, 1878, стр. 4—7.

низація государства имѣетъ по крайней мѣрѣ такое же значеніе для распредѣленія, какъ и организація семьи. Поэтому, разсуждая послѣдовательно, Цитовичъ долженъ бы былъ все право, всѣ юридическія отношенія подвести подъ понятія гражданскаго права, какъ права распредѣленія. Не только частное право, но точно также и публичное непремѣнно затрогиваетъ экономическое распредѣленіе. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нормировкой распредѣленія экономическихъ благъ, цѣнностей, не исчерпывается вовсе содержаніе и частнаго права. Семейныя отношенія имѣютъ юридическое значеніе не потому только, что ими создаются особые поводы распредѣленія. И сами по себѣ, какъ отношенія семейной власти, они регулируются правомъ. Иныя отрасли публичнаго права, напр., финансовое право, съ гораздо большимъ правомъ, чѣмъ семейное, могутъ быть названы правомъ экономическаго распредѣленія.

Такимъ образомъ, всѣ попытки найти основаніе для различенія частнаго и публичнаго права, въ различіи содержанія юридическихъ отношеній, оказываются неудачными. Да и вообще различіе интересовъ, составляющихъ содержаніе юридическихъ отношеній, слѣдуетъ признать непригоднымъ для обоснованія классификаціи правоотношеній. Мы уже указывали, что юридическій характеръ въ людскихъ отношеніяхъ имѣютъ собственно ихъ формы; а ихъ содержаніе то же, что и бытовыхъ отношеній. Такъ какъ юридическая норма опредѣляетъ не самые интересы, а только разграниченіе фактически существующихъ интересовъ, то и основное значеніе имѣетъ для различія юридическихъ отношеній не то, *какіе* въ нихъ интересы разграничиваются, а то, *какъ* они разграничиваются.

Невозможность найти въ содержаніи юридическихъ отношеній основанія для различенія частнаго и публичнаго права подтверждается еще и тѣмъ, что исторія права представляетъ намъ примѣры того, какъ одни и тѣ же по своему содержанію отношенія получили то частно правовую, то публично правовую форму. Такъ, напр., въ средніе вѣка многія права власти составляли лишь придатокъ частнаго права землевладѣнія.

§ 33. Формальныя классификаціи.

Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehrte, 1797, s. 161 ff. *Puchta,* Vorlesungen über das heutige röm. Recht. I. s. 75 ff. *Jellinek.* System der öffentlichen subjektiven Rechten, 1892, ss. 40—65. *Thon.* Rechtsnorm und subjektives Rechts, ss. 108—146. *Муромцевъ.* Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, стр. 185—217.

Неудовлетворительность матеріальныхъ классификацій побуждаетъ искать основанія различенія частнаго и публичнаго права въ формальныхъ признакахъ, въ особенностяхъ формы юридическихъ отношеній. И въ этомъ направленіи сдѣлано было нѣсколько опытовъ классификаціи правъ. Ихъ можно свести къ двумъ совершенно различнымъ группамъ:

одни думаютъ найти различіе частнаго и публичнаго права въ различіи положенія субъектовъ юридическаго отношенія, въ томъ, присвоиваются ли данныя права человѣку, какъ обособленной личности, или какъ члену организованнаго общественнаго союза; другіе усматриваютъ основаніе противоположенія частныхъ и публичныхъ правъ въ различіи способовъ ихъ охраны противъ правонарушеній, въ томъ, охраняется ли нарушенное право по инииціативѣ самого потерпѣвшаго, или по иниціативѣ общественной власти.

Различеніе частныхъ и публичныхъ правъ, по различію положенія субъекта, сложилось подъ вліяніемъ ученій школы естественнаго права о первоначальномъ естественномъ состояніи, въ смыслѣ состоянія дообщественнаго. Право, которое дѣйствуетъ до соединенія людей въ гражданское общество, до основанія государства,—есть частное. Оно продолжаетъ дѣйствовать и въ государствѣ, но дополняется уже постановленіями, имѣющими предметомъ опредѣленіе организаціи государства и порядка функціонированія его органовъ. Этотъ новый придатокъ и составляетъ право публичное. Его отношеніе къ частному таково, что оно служитъ обезпеченіемъ, упроченіемъ частнаго права. Все публичное право устанавливается лишь ради большаго упроченія господства частнаго права. Таково воззрѣніе на различіе частнаго и публичнаго, напр. у Канта.

Эта классификація, обязанная своимъ происхожденіемъ ученію объ естественномъ состояніи, не раздѣлила, однако, судьбы этого ученія. Въ настоящее время „естественное состояніе“ давно сдано въ архивъ науки, а классификація, опирающаяся на это пресловутое ученіе, все еще продолжаетъ быть ходячей монетой. Дѣйствительно, эта классификація, можно сказать, самая распространенная. Въ самой исторической школѣ, явившейся какъ реакція противъ школы естественнаго права, указанная классификація успѣла найти себѣ приверженца въ лицѣ Пухты и чрезъ его сочиненія главнымъ образомъ и сохранилась до нашего времени.

Пухта различаетъ права, смотря по тому, имѣетъ ли ихъ человѣкъ: 1) какъ отдѣльное единичное лицо, какъ индивидъ или 2) какъ членъ органическаго единства. Первое имѣетъ мѣсто при имущественныхъ и семейныхъ правахъ,—послѣднее при публичныхъ и церковныхъ. Имущественныя и семейныя права составляютъ частное право. Такимъ образомъ, всѣ права распадаются на три групны: частное, публичное и церковное право.

Въ этой классификаціи замѣчается прежде всего непослѣдовательность. Если основаніемъ группировки является различіе правъ, принадлежащихъ человѣку, какъ индивиду, и правъ, принадлежащихъ ему, какъ члену органическаго союза, то слѣдовало бы имущественное право противополагать всякому другому праву. Между тѣмъ Пухта соединяетъ имущественное право съ семейнымъ. Иные вносятъ въ систему Пухты по-

правку въ томъ смыслѣ, что все право дѣлятъ на частное и публичное, публичными считая тѣ права, которыя предполагаютъ существованіе организованнаго общенія людей, которыя не могутъ быть внѣ такого организованнаго союза, а частными—такія, которыя предполагаютъ лишь просто сосуществованіе, коэкзистенцію людей. При этомъ семейныя права относятъ къ разряду частныхъ, такъ какъ семейныя отношенія могутъ быть и внѣ государства. Въ такомъ видѣ классификація эта представляется болѣе послѣдовательной и стройной. Но всетаки она не освобождается этимъ отъ коренного своего недостатка; она всецѣло основана на предположеніи о возможности существованія такого состоянія, когда люди существуютъ, но не вступаютъ въ общеніе организованное, и что въ такомъ состояніи мыслимо существованіе права. Въ настоящее время все болѣе и болѣе устанавливается убѣжденіе, что право можетъ существовать только въ обществѣ. Внѣ общества нѣтъ и права. Къ тому же всякое общеніе имѣетъ извѣстную степень организаціи, даже случайно сошедшаяся толпа не представляется вовсе аморфной. Поэтому эта классификація только на первый взглядъ представляется точной и опредѣленной. Поясню это примѣрами.

Отношенія частнаго характера, напр., бракъ, мѣна, дареніе, возможны, говорятъ сторонники этой классификаціи, и тамъ, гдѣ нѣтъ государства, возможны хотя бы въ любой разбойнической шайкѣ, возможны между случайно сошедшимися въ пустынѣ людьми. Но отношенія публичнаго характера, напр., выборы въ парламентъ, мыслимы только при существованіи государства. Однако, легко замѣтить, что эти примѣры могутъ быть съ равнымъ успѣхомъ обращены и противъ этой классификаціи. Выбирать членовъ парламента возможно только тамъ, гдѣ есть парламентъ,—совершенно вѣрно. Но и совершить нотаріальнымъ порядкомъ купчую или мѣновую сдѣлку можно тоже только тамъ, гдѣ существуютъ нотаріальныя учрежденія, а слѣдовательно и государство. Съ другой же стороны, принимать участіе въ обсужденіи общихъ дѣлъ, даже распоряжаться въ общихъ интересахъ, возможно во всякой случайно сошедшейся толпѣ. Напримѣръ, когда съ пароходомъ случается какое-нибудь несчастье, а капитанъ оказываетъ слишкомъ мало энергіи, распорядительности, или первый гибнетъ, пассажиры сообща обсуждаютъ свое положеніе и необходимыя мѣры, дебатируютъ, голосуютъ; наконецъ, выдѣляются изъ среды ихъ наиболѣе энергичные и становятся распорядителями. Конечно, при такомъ голосованіи пассажировъ нельзя говорить еще о правѣ голоса, это голосованіе фактическое. Но точно также и половое общеніе въ такой неорганизованной кучкѣ людей будетъ только фактическимъ, фактическимъ будетъ и мѣна и дареніе.

Другой важный недостатокъ этой классификаціи тотъ, что если ее проводить послѣдовательно, то она приводитъ къ тому, что къ пуб-

личному праву должно относить отношенія между членами всякаго вообще союза, напр. товарищества, акціонерной компаніи, семьи и т. п. Послѣдовательные ея сторонники и дѣлаютъ, дѣйствительно, такой выводъ, не останавливаясь предъ тѣмъ, что онъ совершенно измѣняетъ обычное установившееся въ практической жизни и наукѣ понятіе публичнаго права. Такъ напр. Bähr (Rechtsstaat. 1865) находитъ, что все право слѣдуетъ раздѣлить на Privatrecht и Genossenschaftsrecht. Первое обнимаетъ отношенія людей, какъ самостоятельныхъ индивидовъ, второе—отношенія ихъ, какъ членовъ одного общественнаго организма: товарищества, компаніи, церкви, государства. Публичное право является при этомъ лишь подраздѣленіемъ Genossenchaftsrecht. Это воззрѣніе раздѣляетъ и Gierke. Но въ такомъ измѣненіи классификація, представляясь болѣе стройной и послѣдовательной, страдаетъ совершеннымъ несоотвѣтствіемъ исторически сложившейся группировки отношеній.

Въ нѣсколько измѣненной формѣ то же различіе частныхъ и публичныхъ правъ принимаетъ Еллинекъ, связывая это различіе съ различіемъ дерзновенія, Dürfen, и возможности, Können. Право, говоритъ онъ, можетъ, во-первыхъ, только признать уже раньше и независимо отъ права существующія житейскія отношенія, какъ дозволенныя, не принося къ нимъ никакого новаго момента. Тогда субъекты его, что прежде только фактически могли, теперь юридически смѣютъ (dürfen) дѣлать въ отношеніи другъ къ другу. Особенный характеръ такого правового дерзновенія проявляется съ особенною ясностью въ послѣдствіяхъ запрещенія. Каждый запретъ можетъ быть сведенъ къ формулѣ: ты не смѣешь (du darfst nicht). Но запретъ дѣлаетъ запрещенное не невозможнымъ, а только противоправнымъ. Запретъ всегда можетъ быть нарушенъ. Но дѣйствіе права не ограничивается только дозволеніями и запретами. Оно можетъ, во-вторыхъ, къ дѣеспособности индивида присоединить нѣчто новое. Оно можетъ придать дѣйствіямъ и сдѣлкамъ особую юридическую силу, такъ что они влекутъ за собою слѣдствія, не вытекающія изъ ихъ естественныхъ свойствъ. Посредствомъ такого предоставленія установляется юридическая возможность (rechtliches Können).

Такъ какъ юридическое дерзновеніе есть только признанная естественная свобода, то оно существуетъ только въ отношеніи къ другимъ сопоставляемымъ съ субъектомъ дерзновенія лицамъ. Напротивъ, юридическая возможность, какъ нѣчто придаваемое правомъ къ естественной свободѣ человѣка, существуетъ только въ отношеніи къ государству, отъ котораго исходитъ право.

Юридическое дерзновеніе и юридическая возможность такъ соединены между собой, что дерзновеніе всегда предполагаетъ возможность. То, что я юридически смѣю, есть только признанная правомъ фактическая возможность. Но юридическая возможность бываетъ и безъ дерз-

новенія, именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда право не охраняетъ естестественной дѣеспособности лица, а придаетъ ему новую дѣеспособность.

Различіе частныхъ и публичныхъ правъ, по мнѣнію Еллинека, коренится именно въ этомъ соотношеніи юридическаго дерзновенія и юридической возможности. Въ частномъ правѣ всегда имѣется дерзновеніе; въ публичномъ—только возможность. Публичныя права основываются не на дозволительныхъ, а исключительно на власть предоставляющихъ правоположеніяхъ. Поэтому они представляютъ собою не часть естественной, правомъ только регулируемой свободы, а расширеніе правъ естественной свободы.

Все это крайне искусственное различіе при ближайшемъ анализѣ оказывается совершенно несостоятельнымъ. Dürfen и Können, дерзновеніе и возможность вовсе не составляютъ существенныхъ элементовъ содержанія субъективнаго права. Различіе дерзновенія и возможности обусловлено не различіемъ содержанія субъективныхъ правъ, а различіемъ послѣдствій правонарушеній. Если нарушеніе юридической нормы влечетъ за собой только отвѣтственность правонарушителя (lex minus quam perfecta), такую норму нарушать не смѣютъ, но могутъ. Если нарушеніе нормы влечетъ за собой только юридическую ничтожность несогласнаго съ нею дѣйствія (lex perfecta), совершить не согласное съ нормой юридическое дѣйствіе нельзя. Если же, наконецъ, нарушеніе нормы влечетъ за собой и ничтожность дѣйствія и отвѣтственность правонарушителя (lex plus quam perfecta), то нарушать такую норму и не могутъ и не смѣютъ.

Съ другой стороны, элементъ дерзновенія вовсе не чуждъ и публичнымъ правамъ. Лицо, къ тому не управомоченное, не только *не можетъ* осуществлять функцію власти, но и *не смѣетъ*, такъ какъ захватъ власти составляетъ наказуемое дѣяніе.

Формальная классификація, основывающая различіе частныхъ и публичныхъ правъ на различіи тѣхъ послѣдствій, какія влечетъ за собой нарушеніе нормы, предложена Тономъ. Если нарушеніе правъ влечетъ за собой установленіе для субъекта нарушеннаго права притязанія на возмѣщеніе причиненнаго ему ущерба—это частное право. Если, напротивъ, нарушеніе права влечетъ за собою только принятіе извѣстныхъ мѣръ со стороны и по иниціативѣ общественной власти—это право публичное. Короче: частныя права это тѣ, которыя охраняются по иниціативѣ субъекта нарушеннаго права, публичныя—по иниціативѣ общественной власти, независимо отъ желанія потерпѣвшаго.

Эта классификація Тона нашла себѣ послѣдователей и въ русской литературѣ въ лицѣ Муромцева, Гамбарова, Дювернуа. Едва ли, однако, можно признать ее правильной.

Во-первыхъ, различіе частныхъ и публичныхъ правъ проявляется не только при ихъ нарушеніи. Они различаются и не будучи нарушаемы. Такъ, различны способы ихъ пріобрѣтенія. Частныя права по общему правилу—отчуждаемы, публичныя—нѣтъ.

Во-вторыхъ, нельзя сказать, чтобы только частныя права охранялись по инициативѣ частныхъ лицъ. Существуютъ и преступленія, которыя преслѣдуются только по жалобѣ потерпѣвшаго. Тамъ же, гдѣ организована административная юстиція, право иска предоставляется частнымъ лицамъ и вообще въ случаѣ нарушенія ихъ публичныхъ правъ дѣйствіями администраціи.

Наконецъ, въ-третьихъ—и это самое важное—право частнаго иска и воздѣйствіе общественной власти, какъ послѣдствія правонарушенія, отнюдь не исключаютъ другъ друга, а могутъ совмѣстно сопровождать одно и то же правонарушеніе. Напр., при кражѣ, при убійствѣ, противъ виновнаго не только вчиняется уголовное преслѣдованіе, но можетъ быть также вчиненъ искъ со стороны потерпѣвшихъ частныхъ лицъ—со стороны обокраденнаго или со стороны родственниковъ убитаго. Но само собой разумѣется, что если такимъ образомъ послѣдствія и того и другого рода могутъ наступать совмѣстно, развитіе ихъ не можетъ быть основаніемъ различія частныхъ и публичныхъ правъ. Иначе пришлось бы допустить, что одно и то же право можетъ быть и частнымъ и публичнымъ.

§ 34. *Установленіе различія частнаго и публичнаго права.*

Итакъ, всѣ разсмотрѣнныя нами теоріи не даютъ удовлетворительнаго объясненія различія частнаго и публичнаго права. Приходится намъ самимъ подыскать объясненіе этого различія. И разсмотрѣніе выставлявшихся до сего теорій даетъ намъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя указанія. Оно приводитъ къ тому убѣжденію, что нельзя искать основанія различія частнаго и публичнаго права въ различіи тѣхъ интересовъ, которые даютъ содержаніе частно-правовымъ и публично-правовымъ отношеніямъ. Основаніе различія слѣдуетъ искать въ различіи не фактическаго, бытового основанія этихъ отношеній, а въ различіи ихъ юридической формы. Но только нельзя это различіе сводить исключительно къ различію положенія субъекта правъ или послѣдствій нарушенія тѣхъ и другихъ правъ. Различіе ихъ представляется болѣе общимъ, проявляющимся и тогда, когда ни о какомъ нарушеніи нѣтъ и рѣчи. Съ другой стороны, всѣ права безъ исключенія принадлежатъ человѣку, какъ участнику общенія съ другими людьми. Надо, слѣдовательно, поискать объясненія различія частнаго и публичнаго права въ различіи общаго характера юридической формы тѣхъ и другихъ отношеній.

Право, какъ мы видѣли, есть вообще возможность пользоваться чѣмъ-либо; эта возможность можетъ быть обезпечена лицу въ двоякой формѣ. Самая простая форма—это подѣленіе объекта пользованія въ частное обладаніе по частямъ; другими словами, установленіе различія моего и твоего. На такомъ различіи моего и твоего основывается весь институтъ частной собственности, приводящій къ подѣленію опредѣленныхъ частей общаго народнаго богатства въ частное раздѣльное обладаніе. На этомъ же началѣ основывается и институтъ семьи, ограничивающій каждому отдѣльную семейную сферу, какъ исключающую вмѣшательство сторонних лицъ.

Нерѣдко эта форма исключительно и принимается въ соображеніе, такъ что вопросъ о существованіи въ данномъ обществѣ права сводится къ вопросу о существованіи различія твоего и моего, а въ требованіяхъ коммунизма—объ уничтоженіи частной собственности—видятъ отрицаніе всякаго права. Но въ дѣйствительности эта, быть можетъ, простѣйшая форма не есть ни единственная, ни безусловно совершеннѣйшая, ни ко всему пригодная, ни, наконецъ, древнѣйшая. Рядомъ съ этой формой раздѣленія объекта, различенія моего и твоего, существуетъ еще другая форма—приспособленіе объекта къ совмѣстному осуществленію разграничиваемыхъ интересовъ.

Не трудно убѣдиться въ недостаточности одной первой формы разграниченія интересовъ. Существуютъ такіе объекты, которыхъ совершенно невозможно подѣлить между заинтересованными субъектами; нельзя, напримѣръ, подѣлить въ частное обладаніе части судоходной рѣки, общественной дороги, безъ того, чтобы не измѣнить самаго характера этихъ объектовъ, безъ того, чтобы не сдѣлать совершенно невозможнымъ пользованіе ими какъ путями сообщеній. Другіе объекты хотя и могутъ быть распредѣляемы, но требуютъ сверхъ того и приспособленія. Такъ для организаціи монетнаго обращенія недостаточно подѣлить золото и серебро между отдѣльными лицами, но надо еще приспособить ихъ для этой цѣли чеканкой и охраной отъ поддѣлокъ.

Итакъ, на ряду съ установленіемъ различія моего и твоего, необходимо должна существовать еще другая форма разграниченія интересовъ, которая частью замѣняетъ первую, какъ, напр., въ отношеніи къ путямъ сообщеній, частью восполняетъ ее, какъ въ отношеніи къ орудіямъ обмѣна. Эту вторую форму можно опредѣлить, какъ *приспособленіе* объекта въ противоположность его *дѣленію*, представляемаго первой формой. Такъ, институтъ дорожнаго права представляетъ приспособленіе опредѣленной части территоріи къ общему пользованію ею, какъ средствомъ сообщенія. Институтъ монетнаго права представляетъ приспособленіе металловъ къ пользованію ими, какъ орудіемъ обмѣна.

Первая форма одна недостаточна, но недостаточна также сама по

себѣ и вторая форма; она не можетъ замѣнить собою первую. Конечно, возможно и не установлять частной собственности. Но если и не будетъ частной собственности—всетаки необходима охрана частнаго владѣнія. Немыслимъ такой порядокъ вещей, при которомъ за людьми не охранялось бы владѣніе находящимися въ ихъ пользованіи вещами. Если, напримѣръ, земля или предметы потребленія будутъ общей собственностью, всетаки каждый отдѣльный пользователь необходимо долженъ охраняться въ спокойномъ, ненарушаемомъ владѣніи тѣмъ участкомъ земли, или тѣми предметами потребленія и производства, которые предоставлены ему въ пользованіе: иначе невозможно было бы и пользованіе. Поэтому если не право собственности, то по крайней мѣрѣ охрана частнаго владѣнія безусловно необходима. Но право владѣнія, подобно собственности, основывается на подѣленіи объекта въ частное пользованіе, на установленіи различія моего и твоего. Вся разница въ томъ, что моимъ считается тутъ не только, что мною пріобрѣтено опредѣленными въ законѣ способами, а вообще все то, что находится въ моемъ фактическомъ обладаніи.

Такимъ образомъ, обѣ эти формы обезпеченій юридической возможности равно необходимы. Онѣ не могутъ замѣнять другъ друга. Всегда и вездѣ обѣ онѣ должны существовать, какъ двѣ необходимыя формы дѣйствія права. Поэтому съ большимъ удобствомъ можно бы было принять ихъ различіе за основаніе классификаціи правовыхъ явленій. Но совпадаетъ ли группировка, основывающаяся на такомъ различіи подѣленія объекта въ частное обладаніе и приспособленія его къ общему пользованію, съ исторически установившимся различіемъ частнаго и публичнаго права? Мнѣ кажется, что да.

Всѣ характеристическія особенности частнаго и публичнаго права вполнѣ объясняются различіемъ подѣленія объекта и его приспособленія. Наиболѣе характерныя различія частныхъ и публичныхъ правъ выражаются въ порядкѣ пріобрѣтенія тѣхъ и другихъ правъ, въ способахъ ихъ потери, въ различіи содержанія самаго право и въ соотношеніи права и обязанности. Права частныя пріобрѣтаются въ силу такого обстоятельства, которое имѣетъ индивидуальный характеръ, относится непосредственно и исключительно къ данному отдѣльному лицу, и такой порядокъ пріобрѣтенія, конечно, вполнѣ необходимъ при подѣленіи объекта въ частное обладаніе: надо, чтобы чѣмъ-нибудь опредѣлилась связь каждой отдѣльной части съ ея обладателемъ. Поэтому въ частномъ правѣ всегда строго различается правоспособность только и правообладаніе. Правоспособность имѣютъ всѣ тѣ, кто вообще признается способнымъ получить обладаніе частью даннаго объекта. Право же имѣетъ только тотъ изъ правоспособныхъ, кто дѣйствительно получилъ въ обладаніе какую-либо опредѣленную часть. При приспособленіи объекта къ со-

вмѣстному пользованію ничего подобнаго не можетъ быть. Такъ какъ тутъ пользуется совмѣстно цѣлая группа лицъ, то не требуется особаго акта пріобрѣтенія. Достаточно принадлежать къ группѣ, допускаемой къ пользованію извѣстнымъ образомъ приспособленнымъ объектомъ. Поэтому правоспособность и право тутъ совпадаютъ. И дѣйствительно, такъ дѣло и представляется въ публичномъ правѣ. Всякій, напримѣръ, удовлетворяющій общимъ условіямъ избирательной правоспособности, имѣетъ и право голоса: для пріобрѣтенія права тутъ не требуется еще особаго, индивидуально къ данному объекту относящагося акта. Не такъ въ частномъ правѣ. Если я имѣю, напримѣръ, вексельную активную правоспособность, это не значитъ еще, чтобы я дѣйствительно имѣлъ къ комунибудь вексельную претензію.

Потеря публичныхъ правъ обусловливается утратой правоспособности независимо отъ воли субъекта. Напротивъ, частныя права могутъ быть утрачиваемы и безъ измѣненія правоспособности и при томъ по волѣ субъекта. Субъектъ можетъ отказаться отъ своего права, можетъ отчуждать его, передать другому правоспособному по его выбору. И это также находитъ себѣ объясненіе въ указанномъ различіи подѣленія и приспособленія объекта. Право на объектъ, приспособленный къ совмѣстному пользованію цѣлой группы лицъ, утрачивается только тогда, когда данное лицо перестаетъ принадлежать къ этой группѣ, и не можетъ быть переносимо на лицъ, не принадлежащихъ къ ней: у принадлежащихъ же оно и такъ уже у всѣхъ имѣется; поэтому отчужденіе къ публичнымъ правамъ неприложимо.

Что касается содержанія правъ, то, при подѣленіи объекта въ частное обладаніе, приспособленіе его къ пользованію дѣлается уже самимъ обладателемъ по его усмотрѣнію; онъ приспособляетъ принадлежащее ему, какъ и къ чему онъ хочетъ. Поэтому ему принадлежитъ въ отношеніи къ принадлежащему ему власть распоряженія. Онъ распоряжается объектомъ въ собственномъ интересѣ. Такимъ именно и представляется содержаніе частныхъ правъ: они заключаютъ въ себѣ не только власть пользованія, но и власть распоряженія. Напротивъ, въ публичномъ правѣ власть распоряженія не составляетъ содержанія права; она составляетъ тамъ содержаніе обязанности. Такъ, дорожная администрація имѣетъ власть распоряжаться дорогой, но это ея обязанность. Она не можетъ не пользоваться этою властью, она должна ею пользоваться и притомъ въ общемъ, а не въ своемъ частномъ интересѣ. И это опять-таки объясняется тѣмъ, что объектъ приспособляется тутъ къ совмѣстному пользованію всѣхъ проходящихъ и проѣзжающихъ по дорогѣ. Нельзя предоставить власть распоряженія каждому прохожему отдѣльно. Но, будучи предоставлена особо назначеннымъ для того должностнымъ лицамъ, она должна быть ими осуществляема въ общественномъ интересѣ.

Различія подѣленія и приспособленія объекта обусловливаетъ и различіе въ соотношеніи права и обязанности, совершенно соотвѣтствующее различію въ этомъ отношеніи между частнымъ и публичнымъ правомъ. Когда объектъ дѣлится въ частное обладаніе отдѣльныхъ лицъ, субъектъ права всегда вполнѣ опредѣленъ. Напротивъ, при приспособленіи объекта къ совмѣстному пользованію субъектами, является цѣлая группа лицъ, опредѣленныхъ только общимъ родовымъ образомъ, а не индивидуально опредѣленныя личности. Но за то тутъ всегда съ точностью опредѣленъ субъектъ обязанности.

Такимъ образомъ, различіемъ подѣленія и приспособленія объекта объясняются удовлетворительнымъ образомъ всѣ особенности частнаго и публичнаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ не трудно доказать, что, основывая различія частнаго и публичнаго на различіи подѣленія и приспособленія, мы легко можемъ объяснить существованіе частныхъ правъ и у государства. Если государству предоставляется власть надъ даннымъ объектомъ ради его приспособленія къ общему пользованію—то право публичное: таково право государства на дороги. Если же, напротивъ, данный объектъ предоставляется государству только для пользованія самимъ правительствомъ ради извлеченія изъ него средствъ для приспособленія другихъ объектовъ—это право частное: таково право государствъ на государственное имущество, доходы съ котораго идутъ на удовлетвореніе тѣхъ или другихъ задачъ государственнаго управленія.

Затѣмъ, если мы сводимъ различіе частнаго и публичнаго права къ различію подѣленія и приспособленія, мы получаемъ возможность объяснить возникновеніе разсмотрѣнныхъ нами классификацій. Оказывается, что онѣ принимаютъ въ основаніе одну изъ производныхъ второстепенныхъ особенностей частнаго и публичнаго права, коренящихся также въ различіи подѣленія и приспособленія.

Прежде всего не трудно замѣтить, что при подѣленіи объекта въ частное обладаніе отдѣльныхъ лицъ воля этихъ лицъ получаетъ преобладающее значеніе. Какъ воспользуется каждый предоставленной въ его обладаніе частью, что онъ съ нею сдѣлаетъ, это зависитъ отъ его воли. Другіе по общему правилу не вмѣшиваются именно потому, что тутъ каждая часть предназначена служить исключительно интересамъ своего обладателя. Совершенно иначе представляется дѣло, когда объектъ приспособляется къ совмѣстному пользованію. Тутъ именно опредѣлено правомъ, *какъ* должно пользоваться объектомъ, и притомъ приспособленіе совершается въ общемъ интересѣ цѣлой группы лицъ. Поэтому здѣсь уже не можетъ быть той свободы въ распоряженіи объектомъ, какъ при подѣленіи объекта въ частное обладаніе. Здѣсь, напротивъ, каждый отдѣльный пользователь поставленъ въ весьма опредѣленныя рамки, онъ ничего не можетъ измѣнить въ объектѣ по своему произволу; потому

что одинаковое съ нимъ право на объектъ принадлежитъ цѣлому ряду лицъ. Поэтому первая форма дѣйствія права имѣетъ болѣе индивидуальный, частный характеръ, вторая—болѣе общественный.

Преобладаніе въ частномъ правѣ имущественныхъ интересовъ, способность частныхъ правъ переходить въ право на цѣну объекта, также объяснимо съ нашей точки зрѣнія. Когда отдѣльнымъ лицамъ присвоиваются отдѣльныя части объектовъ, служащихъ къ осуществленію людскихъ интересовъ, то очень часто оказывается несоотвѣтствіе между потребностью даннаго субъекта и принадлежащимъ ему объектомъ. Очень часто оказывается, что онъ не можетъ удовлетворить своей потребности имѣющимся у него объектомъ, что для этого ему необходимъ объектъ, находящійся въ обладаніи другого. Единственно возможнымъ исходомъ въ такомъ случаѣ представляется мѣна своего на чужое. Поэтому мѣновая, покупная способность вещи получаетъ гораздо болѣе общее, болѣе важное значеніе, нежели другія качества вещи, пригодныя къ удовлетворенію только нѣкоторыхъ потребностей. Мѣновая же способность вещи дѣлаетъ ее способной служить всѣмъ потребностямъ безъ исключенія. А такъ какъ мѣновая способность вещи выражается ея цѣной, то и понятно, что каждое частное право всегда стремится перейти въ право на цѣну объекта.

Распредѣляя объекты въ частное обладаніе, частное право предоставляетъ опредѣленіе способовъ пользованія ими для удовлетворенія потребностей и для производства новыхъ цѣнностей свободному усмотрѣнію каждаго даннаго субъекта. Напротивъ, публичное право, приспособляя объектъ къ совмѣстному пользованію, не можетъ не регулировать и потребленія и производства. Поэтому, насколько частное право касается экономическихъ благъ, оно регулируетъ не потребленіе и производство, а только распредѣленіе. Это и послужило Цитовичу основаніемъ къ тому, чтобы опредѣлить гражданское право, какъ право распредѣленія.

При распредѣленіи объектовъ получается само собой обособленіе субъектомъ правъ на отдѣльные объекты; приспособленіе же объекта къ совмѣстному пользованію многихъ само по себѣ соединяетъ ихъ, связываетъ между собою общностью пользованія. Отсюда и представленіе о томъ, что частныя права принадлежатъ человѣку, какъ индивиду; публичныя—какъ члену организованнаго союза.

Свобода распоряженія предоставленной данному лицу частью подѣленнаго объекта приводитъ къ тому, что и защита права на этотъ объектъ становится въ большинствѣ случаевъ въ зависимость отъ заинтересованнаго лица. Напротивъ, нарушеніе установленнаго правомъ приспособленія объекта къ совмѣстному пользованію затрогиваетъ интересы всѣхъ участвующихъ въ пользованіи и потому требуетъ мѣръ охраны права, независимыхъ отъ чьего либо индивидуальнаго усмотрѣнія. Въ

этомъ производномъ и далеко небезусловномъ различіи видятъ основу различія частнаго и публичнаго права Тонъ и его послѣдователи.

КНИГА ТРЕТЬЯ.

Общественныя условія развитія права.

ГЛАВА I.

Общество.

Спенсеръ. Основанія соціологіи, 1876—1877. *Lilienfeld,* Gedanken über die Socialwissenschaft der Zukunft, 1879 (есть и русскій переводъ, но только перваго тома; имя автора обозначено лишь буквами П. Л.). *Shäffle,* Bau und Leben des socialen Körpers. 2 Ausgabe. 1881. *Fouillée.* La science sociale contemporaine. 1880. *Карнѣевъ.* Основные вопросы философіи исторіи, томъ II, 1883. *Guplowiez,* Grändris der Sociologie, 1884.

§ 35. Механическая теорія.

Мы до сихъ поръ разсматривали право отвлеченно отъ той среды, въ которой оно образуется и дѣйствуетъ. Средой этой служитъ общество. Только въ обществѣ образуется и дѣйствуетъ право, потому что его задача—разграничивать интересы людей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Гдѣ нѣтъ общенія людей, гдѣ человѣкъ является обособленнымъ, тамъ нѣтъ мѣста праву.

Всякое явленіе опредѣляется той средой, гдѣ оно совершается. И развитіе права не можетъ не быть обусловленнымъ общественной средой. Задача наша теперь и заключается въ томъ, чтобы выяснить природу и вліяніе на право общества и въ особенности государства, какъ той формы человѣческаго общенія, которая имѣетъ ближайшее отношеніе къ праву.

Въ объясненіе природы общества выставлялось и выставляется не мало разнообразныхъ теорій. Большинство ихъ можно свести къ двумъ основнымъ различіямъ въ воззрѣніяхъ на природу общества. Одни видятъ въ обществѣ искусственное произведеніе людей, ихъ произвольное установленіе—это воззрѣніе *механическое.* Для другихъ общество—естественный фактъ, возникающій и развивающійся помимо участія человѣческой воли, само собой, необходимо и закономѣрно, подобно естественнымъ организмамъ:—это воззрѣніе *органическое.*

Эпохой процвѣтанія и господства механической теоріи были XVII и XVIII столѣтія. Тогда пониманіе общества какъ человѣческаго изобрѣтенія, какъ людской выдумки, было общимъ убѣжденіемъ. Господство въ то время механической теоріи общества обусловливалось частью общимъ преобладающимъ характеромъ тогдашняго философскаго міровоз-

зрѣнія, частью царившими тогда психологическими ученіями. Философскія системы XVII и XVIII столѣтій разсматривали міръ не какъ живое цѣлое: міръ для большинства изъ нихъ представлялся распадающимся на двѣ рѣзко обособленныя части—духъ и матерію,—лишь внѣшнимъ образомъ, *механически* сопоставленныя другъ съ другомъ. Сообразно съ такимъ міросозерцаніемъ, все въ мірѣ стремились свести къ механизму, даже самые организмы считали не болѣе какъ автоматически дѣйствующими машинами. При такихъ условіяхъ, конечно, и общественныя явленія не могли найти для своего объясненія иной теоріи, какъ механической.

Къ тому же результату приводили и обѣ существовавшія тогда психологическія теоріи: и теорія врожденныхъ идей и сенсуализмъ. При всей ихъ противоположности, обѣ эти теоріи сходились въ отрицаніи преемственнаго психическаго развитія чередующихся поколѣній. Одна изъ нихъ признавала, что человѣкъ во всѣ эпохи является въ міръ съ однимъ и тѣмъ же, всегда неизмѣннымъ, запасомъ врожденныхъ идей; другая полагала, что онъ является съ столь же неизмѣнною безсодержательностью духа, черпающаго все свое содержаніе только изъ личнаго опыта. Такимъ образомъ и для сенсуалиста и для сторонника врожденныхъ идей психическое развитіе ограничивалось по необходимости узкими рамками отдѣльной индивидуальной жизни. Каждый начинаетъ свое духовное развитіе непремѣнно съ начала и притомъ съ одного и того же неизмѣннаго начала. Между смѣняющими другъ друга поколѣніями отрицалось существованіе необходимой преемственной связи. Каждое поколѣніе людей—самъ себѣ господинъ, живетъ какъ знаетъ, и только для себя. Отсюда прямой выводъ, что и общественный бытъ есть не необходимый результатъ преемственнаго развитія *человѣчества*, а лишь произвольное установленіе *людей*.

Общество предполагаетъ непремѣнное участіе многихъ; оно не можетъ быть поэтому произведеніемъ односторонней воли отдѣльной личности, для образованія его необходимо совмѣстное участіе воли многихъ. Поэтому основаніе общества механическая теорія объясняла соглашеніемъ людей между собой, *общественнымъ договоромъ*. Побужденіемъ къ заключенію общественнаго договора служило сознаніе необходимости соединенія разрозненныхъ силъ отдѣльныхъ личностей для борьбы съ внѣшними препятствіями удовлетворенія человѣческихъ потребностей и необходимости установленія власти общественной, которая бы могла обезпечить обществу внѣшнюю безопасность и внутренній порядокъ. А содержаніе договора составляло опредѣленіе организаціи общественной власти и ея отношенія къ индивидуальной свободѣ.

Такъ какъ создателями и устроителями общества признавались от-

дѣльныя, свободно согласившіяся между собой, личности, то это естественно приводило къ крайнему индивидуалистическому пониманію общественной жизни. Личность признавалась надъ всѣмъ господствующей и все опредѣляющей. Не личность считалась обусловленной общественной средой, а наоборотъ, общественный порядокъ являлся всецѣло опредѣляемымъ произволомъ отдѣльныхъ личностей.

При этомъ, конечно, человѣкъ внѣ общества, въ дообщественномъ состояніи, предполагался совершенно такимъ-же, какъ и въ обществѣ. Часть механическаго аггрегата не мѣняется отъ того, что будетъ отдѣлена или еще не включена въ аггрегатъ. Какая-нибудь шестерня нисколько не мѣняется отъ того, вставлена она въ машину, или нѣтъ. Но отдѣльный органъ живого организма, будучи отдѣленъ, или гибнетъ, или, во всякомъ случаѣ, значительно измѣняется, продолжая существованіе, какъ самостоятельный организмъ. Съ точки зрѣнія механической теоріи, человѣкъ, подобно части механизма, и внѣ общества предполагался надѣленнымъ тѣми-же способностями, тѣми-же чувствами, наклонностями, что и членъ общества. Мало того, полагали даже, что человѣкъ въ естественномъ состояніи находился на той же ступени интеллектуальнаго развитія, что и въ обществѣ. Иначе, конечно, естественный человѣкъ не могъ бы составлять такой сложной и отвлеченной идеи, какъ идея объ обществѣ, общественной власти, индивидуальной свободѣ, тѣмъ болѣе, что въ естественномъ состояніи онъ не могъ наблюдать ничего соотвѣтствующаго этимъ понятіямъ. Между тѣмъ у всѣхъ, писавшихъ объ естественномъ состояніи, установленіе общества является результатомъ сознательнаго стремленія установить общественную власть, которая бы могла обезпечить осуществленіе людскихъ интересовъ, причемъ никогда не упускалось изъ виду опредѣленія отношенія этой вновь учреждаемой власти къ индивидуальной свободѣ.

Механическая теорія въ чистомъ ея видѣ является теперь уже совершенно опровергнутой, такъ какъ она оказалась прямо противорѣчащей и историческимъ и психологическимъ даннымъ. Исторія вездѣ, въ самыя отдаленныя эпохи, застаетъ людей въ общественномъ состояніи, и потому нѣтъ никакого основанія предполагать существованіе пресловутаго, дообщественнаго, „естественнаго“ состоянія, изъ котораго люди будто бы вышли, придумавъ общество и установивъ его свободнымъ соглашеніемъ. Въ народномъ сознаніи общественный порядокъ всегда представляется не какъ произвольное установленіе, а какъ независимо отъ человѣческой воли сложившійся объективный порядокъ. Историческія данныя заставляютъ признать естественнымъ для человѣка именно общественное состояніе.

Съ другой стороны, психологія учитъ насъ, что духовное развитіе человѣка въ самой значительной степени опредѣляется вліяніемъ обще-

ственной среды. Наше умственное развитіе, наши чувства, наши нравственные принципы,—все это непосредственно обусловливается тѣмъ общественнымъ бытомъ, среди котораго мы выростаемъ и живемъ. Поэтому, если бы и можно было допустить существованіе до-общественнаго состоянія, люди въ этомъ состояніи должны бы были стоять на самомъ низкомъ уровнѣ духовнаго развитія и слѣдовательно никакъ не могли бы возвыситься до такихъ общихъ и отвлеченныхъ понятій, и притомъ о вещахъ, никогда имъ не встрѣчавшихся въ опытѣ, какъ договоръ, общество, общественная власть, индивидуальная свобода, соотношеніе власти и свободы и т. п. И среди людей, живущихъ въ обществѣ, постоянно сталкивающихся съ проявленіями общественной власти, большинство оказывается лишеннымъ этихъ понятій. Какъ же они могли явиться у людей, никогда не встрѣчавшихся въ опытѣ съ фактами людского общенія?

Наконецъ, ко всему этому, соціологическія изслѣдованія выяснили, что общественное развитіе совершается закономѣрно. А если такъ, то или другое устройство общества не можетъ быть произвольнымъ, искусственнымъ установленіемъ людей и самое общество не можетъ быть человѣческой выдумкой. Разъ общественное развитіе совершается сообразно съ опредѣленными неизмѣнными законами, существованіе общества не можетъ зависѣть отъ нашего произвола.

Все это ученіе объ естественномъ состояніи и объ образованіи общества путемъ свободнаго и сознательнаго акта людей, побуждаемыхъ къ тому своими интересами, въ настоящее время всѣми оставлено. Теперь не только отвергаютъ дѣйствительность подобнаго дообщественнаго состоянія—наблюденіе нигдѣ не представляетъ такого состоянія, а тѣмъ болѣе образованія общества вновь, но отвергаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и годность такого рода фикціи для научнаго объясненія общественныхъ явленій. Такого взгляда держался, напримѣръ, извѣстный нѣмецкій публицистъ Карлъ Соломонъ Цахарія. „Противополагая,—говоритъ онъ,—государству естественное состояніе, этимъ вовсе не хотятъ сказать, что люди когда-либо дѣйствительно жили въ естественномъ состояніи. Если даже люди всегда жили въ государствахъ, всетаки слѣдуетъ различать государство и естественное состояніе. Ибо человѣкъ можетъ составить себѣ о чемъ бы то ни было понятіе не иначе, какъ сравнивая данный предметъ съ противоположнымъ ему или хотя бы и сроднымъ, но отличнымъ отъ него“ [1]). Человѣкъ съ современной точки зрѣнія является, напротивъ, не только членомъ, но и продуктомъ общества. Внѣ общества мы его не можемъ себѣ представить, по крайней мѣрѣ такимъ же, какъ въ обществѣ. Внѣ общества немыслимо развитіе симпатическихъ

---

[1]) *Zacharia.* Vierzig. Bücher von Staate, 2 Ausg. 1838, B. I, s. 49.

или альтруистическихъ чувствъ, немыслимъ даръ слова, и вмѣстѣ съ тѣмъ немыслимо, конечно, и достиженіе человѣкомъ той высокой степени умственнаго развитія, которой онъ такъ рѣзко отличается отъ животныхъ. Представленіе объ этомъ пресловутомъ естественномъ состояніи людей такъ же безполезно для соціолога, какъ для физіолога безполезно было бы представленіе объ отдѣльномъ, изолированномъ, существованіи отдѣльныхъ органовъ живого тѣла.

Такимъ образомъ механическая теорія въ ея чистомъ видѣ должна быть отвергнута безусловно. Но вмѣстѣ съ тѣмъ должно признать, что она имѣетъ большое историческое значеніе. Она несомнѣнно является первой попыткой дѣйствительно научнаго объясненія общественныхъ явленій. До того общественная жизнь разсматривалась какъ продуктъ дѣйствія какой-нибудь сторонней, независящей отъ самого общества и его элементовъ силы. Отсюда заключали, что и самый строй общественной жизни опредѣляется не природой общества и составляющихъ его элементовъ, а внѣ общества стоящей силой. Общество являлось пассивнымъ, инертнымъ матеріаломъ для дѣйствія чуждой ему и притомъ сверхъестественной силы. Механическая теорія представляла, напротивъ, общество какъ продуктъ дѣйствія его собственныхъ составныхъ элементовъ, общественная жизнь являлась не рядомъ явленій, вызванныхъ и направляемыхъ внѣшнею сверхъестественною силою, а само опредѣляющимся дѣйствіемъ элементовъ общества, людей. Характеръ общества опредѣляется не чуждою волею, а природой его элементовъ. Такой взглядъ представляетъ несомнѣнно весьма важный шагъ впередъ по пути научнаго пониманія общественныхъ явленій. Ошибка тутъ заключалась лишь въ опущеніи изъ виду того, что сами составные элементы общества являются продуктомъ общественной жизни, что потому и они сами имѣютъ исторію, что они не представляются неизмѣнными, что они не падаютъ съ неба готовыми, а родятся отъ людей, также жившихъ въ обществѣ и передавшихъ имъ путемъ наслѣдственности и примѣра большое историческое наслѣдіе индивидуальныхъ и общественныхъ навыковъ, съ которыми, каковы бы они ни были, а приходится считаться.

Въ настоящее время механическое воззрѣніе на общество въ его первоначальной формѣ имѣетъ значеніе лишь историческое, какъ прямая противоположность преобладающему теперь органическому воззрѣнію, явившемуся какъ реакція противъ односторонняго механическаго пониманія специальныхъ явленій. Но въ новѣйшее время крайности органическаго воззрѣнія вызвали въ литературѣ попытки возвратиться опять къ механическому пониманію общества, хотя въ значительно измѣненномъ видѣ. Механическая теорія въ современномъ ея видоизмѣненіи признаетъ, что общество возникло и сложилось первоначально независимо

отъ человѣческой воли, но что постепенное общественное развитіе въ томъ только и заключается, что общество все болѣе и болѣе, все полнѣе и безусловнѣе становится произведеніемъ человѣческой воли. Представителями такого взгляда могутъ служить Фулье, и въ нашей литературѣ—профессоръ Карѣевъ.

Фулье считаетъ общество *договорнымъ организмомъ* въ томъ смыслѣ, что преобладавшій первоначально въ обществѣ органическій характеръ постепенно уступаетъ мѣсто договорному характеру отношеній. Ту же мысль, но въ иной только формѣ, высказываетъ и Карѣевъ. По его воззрѣнію, общество въ постепенномъ своемъ развитіи стремится стать изъ естественнаго факта произведеніемъ человѣческаго искусства. Слѣдовательно, въ противоположность старой механической теоріи, современные ея представители договорный или искусственный характеръ общества считаютъ не первоначальнымъ фактомъ, лежащимъ въ основаніи всякаго общенія, а, напротивъ, продуктомъ долгаго общественнаго развитія, цѣлью соціальнаго прогресса. Весь смыслъ цивилизаціи заключается съ этой точки зрѣнія въ постепенномъ подчиненіи общественнаго строя человѣческимъ идеаламъ.

Воззрѣнія Фулье и Карѣева основываются на несомнѣнномъ фактѣ вліянія человѣческихъ воззрѣній и стремленій на складъ общественной жизни. Человѣкъ, видя себя членомъ такого общества, строй котораго не соотвѣтствуетъ его идеаламъ, старается устранить это противорѣчіе, старается измѣнить общественныя отношенія сообразно своимъ идеаламъ. И одно поколѣніе за другимъ непрерывно продолжаютъ эту работу сознательнаго переустройства общества. Работа эта не можетъ остаться безплодной. Мало-по-малу человѣческія идеи осуществляются въ общественныхъ формахъ, и общество такимъ образомъ дѣлается все болѣе и болѣе результатомъ совмѣстной воли всѣхъ тѣхъ людей, которые работали надъ его переустройствомъ, произведеніемъ какъ бы ихъ соглашенія, и въ этомъ смыслѣ получаетъ договорный характеръ. Или, выражаясь иначе, общество все болѣе становится воплощеніемъ человѣческихъ идей, и въ этомъ смыслѣ,—произведеніемъ человѣческаго искусства.

Едва ли, однако, можно принять такое воззрѣніе. Прежде всего понятіе „договорнаго организма“ носитъ въ самомъ себѣ неразрѣшимое противорѣчіе. Если сохранять только за понятіями опредѣленный смыслъ, организмъ и договоръ—взаимно исключающія другъ друга противоположности. Органическое всегда противополагается всему искусственному, произвольному, произведенному сознательной человѣческой волей. А договоръ безъ участія сознательной воли невозможенъ. Къ тому же нельзя и вообще утверждать, чтобы общество съ теченіемъ времени пріобрѣтало договорный характеръ. Договоръ предполагаетъ непремѣнно совпаденіе нѣсколькихъ воль. Но тотъ общественный строй, который является ре-

зультатомъ стремленій цѣлаго ряда смѣнявшихъ другъ друга поколѣній отнюдь не есть выраженіе ихъ одинаковой, общей воли. Общественныя стремленія мѣняются изъ поколѣнія въ поколѣніе; исторически слагающійся порядокъ общественныхъ отношеній не соотвѣтствуетъ ни одному изъ тѣхъ идеаловъ, которыми жили отдѣльныя поколѣнія. Ни о какомъ соглашеніи между чередующимися поколѣніями не можетъ быть и рѣчи. Но даже и вліяніе одного отдѣльнаго поколѣнія не основывается на соглашеніи. Въ каждомъ поколѣніи существуютъ враждующія партіи и вліяніе ихъ стремленій на общественный строй опредѣляется независимо отъ ихъ соглашенія объективными условіями ихъ проникновенія въ общественную жизнь.

Болѣе удачной представляется та форма, въ какой выразилъ свое воззрѣніе на общество Карѣевъ. Въ ней не заключается такого бьющаго въ глаза противорѣчія, какъ въ опредѣленіи общества „договорнымъ организмомъ". Но и она вызываетъ серьезныя возраженія. Произведеніемъ искусства называютъ только то, что всецѣло опредѣляется сознательною мыслью человѣка. Случайный, непредвидѣнный результатъ человѣческаго дѣйствія не составляетъ произведенія искусства. Между тѣмъ, даже имѣвшія наиболѣе глубокое и сильное вліяніе на общественную жизнь, идеи даютъ, какъ показываетъ исторія, результаты, являющіеся для проповѣдниковъ этихъ идей въ самой значительной степени непредвидѣнными. Стоитъ вспомнить хотя бы великую французскую революцію. Правда, конституціи 1791 и 1793 годовъ представляютъ собою прямое воспроизведеніе теорій Монтескье и Руссо. Но конституціямъ этимъ не удалось осуществиться на дѣлѣ. Онѣ оставались мертвой буквой. На дѣлѣ же и общій ходъ самой революціи и тотъ общественный порядокъ, который ею былъ подготовленъ, конечно, не представляютъ послѣдовательнаго осуществленія идей, руководящихъ дѣятелями революціи. Если кому разсказать только внѣшній ходъ революціонныхъ событій и описать государственное устройство наполеоновской имперіи или эпохи реставраціи, онъ не въ состояніи будетъ изъ этихъ данныхъ составить себѣ хотя бы приблизительное понятіе объ общественной теоріи Руссо. А если мы имѣемъ предъ собою произведеніе искусства, мы изъ него самого непосредственно познаемъ вызвавшую его мысль художника. Художественное произведеніе не требуетъ для этого поясненій. Оно само выражаетъ мысль полнѣе и яснѣе, чѣмъ можно выразить ее другимъ способомъ. Къ тому же говорить объ обществѣ, какъ о произведеніи человѣческаго искусства, можно бы было лишь подъ тѣмъ условіемъ, если бы человѣчество, какъ таковое въ его цѣломъ, было носителемъ единой общей мысли, постепенно воплощающейся въ общественныхъ формахъ и въ отношеніи къ которой идеалы отдѣльныхъ личностей и поколѣній были бы лишь частными ея проявленіями. Но мы не имѣемъ никакихъ

данныхъ утверждать существованія такой единой мысли всего человѣчества.

Независимо отъ этихъ соображеній, воззрѣніе Карѣева вызываетъ и другое возраженіе. Его воззрѣніе предполагаетъ постоянное вытѣсненіе вліяніемъ человѣческихъ стремленій дѣйствія другихъ объективныхъ факторовъ общественнаго развитія. Между тѣмъ въ дѣйствительности такіе объективные факторы, какъ вліяніе природы, неурожаевъ, голодовокъ, случайныхъ открытій, продолжаютъ дѣйствовать и теперь съ неменьшей силой, какъ и прежде, нерѣдко чисто техническія изобрѣтенія, не имѣющія никакого отношенія къ общественнымъ идеаламъ людей, какъ, напр., изобрѣтеній пороха и паровой машины, оказываютъ на общественный строй болѣе глубокое вліяніе, чѣмъ любая соціальная теорія. Но странно было бы думать, что современный общественный строй является воплощеніемъ идей Шварца или Уата. Нѣтъ никакого основанія утверждать, чтобы въ будущемъ подобные факторы перестали вліять на общественное развитіе. А если такъ, нельзя утверждать, чтобы общество съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе дѣлалось прозведеніемъ искусства.

§ 36. *Органическая теорія.*

Органическое воззрѣніе есть продуктъ новаго времени и явилось не ранѣе конца прошлаго столѣтія. Мы можемъ, конечно, и раньше, даже въ глубокой древности, встрѣтить такія сближенія, уподобленія общества человѣку или другому животному. Діалогъ Платона Политейя весь построенъ на уподобленіи государства человѣку. Самъ Гоббезъ, этотъ основатель ученія объ естественномъ состояніи, сравнивалъ государство съ левіаѳаномъ. Но эти сравненія еще очень далеки отъ органическаго воззрѣнія. Дѣло въ томъ, что раньше вовсе не существовало понятія организма съ тѣмъ особымъ значеніемъ, какое ему придаютъ теперь [1]. У Аристотеля οργανικος вовсе не означаетъ противоположности μηχανικος и это аристотелевское словоупотребленіе сохранилось до конца XVIII в., такъ что organicus и instrumentalis были синонимами. Поэтому государство левіаѳанъ Гоббеза есть лишь громадная машина. Это не живой организмъ, а только автоматъ.

Гоббезъ, будучи рѣшительнымъ матеріалистомъ, естественно не могъ признавать принципіальнаго различія между машиной и животными. Но также смотрѣли на дѣло и картезіанцы. Для Декарта и его послѣдователей, такъ же какъ и для матеріалистовъ, животныя представлялись не болѣе какъ машинами, двигающимися автоматически. Такъ же представлялась и природа человѣческаго тѣла. Душа играетъ по отношенію къ

[1]). *Claude Bernard.* La science experimentale, 1878, pp. 149—212. „Définition de la vie: les théories anciennes et la science moderne“.

нашему тѣлу лишь роль безучастнаго свидѣтеля. Этотъ взглядъ на соотношеніе тѣла и души точно также раздѣлялся и Спинозой и Лейбницемъ. Конечно, такое воззрѣніе раздѣлялось не всѣми. Но механическому пониманію животной жизни противопоставлялась теорія анимизма, имѣвшая своихъ представителей уже въ лицѣ Пиѳагора, Платона, Аристотеля, Гиппократа и въ средніе вѣка въ лицѣ Парацельза, Ванъ-Гельмона, а также схоластиковъ. Но полное свое выраженіе и развитіе она нашла лишь въ ученіи знаменитаго медика прошедшаго столѣтія Сталя. Согласно этой теоріи анимизма, тѣло есть лишь инертное орудіе нѣкоей высшей и нематеріальной силы, лишенное всякой самодѣятельности. У Парацельза и Ванъ-Гельмона мы находимъ ученіе о существованіи въ нашемъ организмѣ цѣлаго ряда такихъ нематеріальныхъ силъ, археевъ, приводящихъ въ дѣйствіе различные органы нашего тѣла. У Сталя всѣ эти археи замѣняются одной силой—душой, являющейся невидимымъ механикомъ, заправляющимъ ходомъ всѣхъ отправленій организма. Такимъ образомъ представители механической и анимистической теорій расходились совершенно въ объясненіи причины явленій животной жизни, но само тѣло, и у тѣхъ и у другихъ, одинаково понималось, какъ подобіе механизма. И картезіанецъ и анимистъ въ организмѣ видѣли не болѣе, какъ машину. Вся разница въ томъ, что одинъ считалъ эту машину дѣйствующей автоматически, другой—пассивнымъ орудіемъ души, лишенной всякой самодѣятельности.

При исключительномъ господствѣ такихъ воззрѣній на явленія жизни не могло, конечно, явиться опредѣленнаго противоположенія механическаго и органическаго воззрѣнія. Такое противоположеніе могло явиться только съ образованіемъ теоріи витализма, основателемъ которой былъ Ксавье-Биша [1]). Биша, жившій въ концѣ прошлаго столѣтія, утверждалъ, что причину жизненныхъ явленій должно искать не въ какомъ-то высшемъ, нематеріальномъ началѣ, но, напротивъ, въ свойствахъ той матеріи, въ которой совершаются жизненныя явленія. По мнѣнію Биша, явленія жизни объясняются особыми жизненными свойствами (propriétés vitales), присущими живой матеріи, составляющей организмъ. Эти жизненныя свойства не только отличны, но, можно сказать, противоположны общимъ физическимъ и химическимъ свойствамъ матеріи. Физическія свойства вѣчны и неотдѣлимы отъ матеріи. Жизненныя свойства, напротивъ, преходящи. Мертвая матерія, входя въ составъ организма, проникается ими, но только на время, такъ какъ по существу своему эти жизненныя свойства истрачиваются, потребляются съ теченіемъ времени. Представляя въ началѣ возрастаніе, въ зрѣломъ возрастѣ они какъ бы неподвижны, но затѣмъ, съ ходомъ жизни, все слабѣютъ и

[1]) Его Anatomie générale явилась въ 1801 году. Онъ умеръ въ 1802 г.

потомъ, къ ея концу, совсѣмъ исчерпываются. Этимъ и объясняется развитіе и смертность живыхъ существъ. Вся жизнь есть не что иное, какъ борьба жизненныхъ свойствъ съ физическими. Здоровье и болѣзнь суть не что иное, какъ различныя перепитіи этой борьбы. Выздоровленіе знаменуетъ собою побѣду жизненныхъ свойствъ. Побѣда физическихъ свойствъ есть смерть.

Доктрина витализма не могла, конечно, не произвесть полнаго переворота въ воззрѣніи на соотношеніе механическихъ и органическихъ явленій. Она установляла, во-первыхъ, рѣзкое противоположеніе мертвой и живой матеріи, механизма и организма, наукъ физическихъ и біологическихъ, и этимъ обусловливала возможность опредѣленно формулированнаго противоположенія механическаго и органическаго воззрѣній. Во-вторыхъ, витализмъ привелъ къ развитію идеи внутренней взаимной зависимости всѣхъ частей организма, другъ отъ друга и отъ цѣлаго, а не внѣшняго только ихъ соотношенія, и къ признанію за организмомъ самостоятельной активности, самодѣятельности, причину которой видѣли теперь въ свойствахъ цѣлаго и его частей.

Къ концу XVIII столѣтія и въ философскихъ ученіяхъ впервые появляется опредѣленное противоположеніе понятій организма и механизма, прежде всего у Канта [1]) и затѣмъ въ особенности у Шеллинга. Его философская система представляетъ собою глубоко задуманное и весьма послѣдовательно проведенное органическое міросозерцаніе, объясняющее всѣ явленія міра, по аналогіи съ явленіями органической жизни.

Ко всему этому присоединилось еще сложившееся къ тому времени историческое направленіе. Механическое міросозерцаніе представляло собою принципіальное отрицаніе идеи развитія, преемственности. Механизмъ есть нѣчто само по себѣ неподвижное. Онъ не знаетъ развитія, отдѣльные механизмы не связаны между собою преемственностью. Поэтому механическая теорія общества по существу своему была антиисторической. Она объясняла общественную организацію не какъ результатъ долгаго преемственнаго развитія, а какъ произвольное установленіе людей, всегда могущее быть и измѣненнымъ по ихъ произволу, внѣ всякой зависимости отъ прошлаго. Предѣломъ объясненія общественныхъ явленій, выставлявшимся механической теоріей, служила воля наличнаго поколѣнія. Дальше этого механическая теорія въ своихъ объясненіяхъ не шла. Между настоящимъ и прошедшимъ она не усматривала никакой необходимой, преемственной связи. Историческое же пониманіе, напротивъ, прежде всего происходитъ изъ признанія обусловленности настоящаго прошлымъ. Подыскивая аналогіи для построенія своего ученія, историческое направленіе естественно обратилось къ орга-

---

[1]) Werke, B. V, s. 188.

ническому міру, гдѣ точно также прошедшее, чрезъ посредство вліянія прежней жизни организма и наслѣдственности, служило важнымъ опредѣляющимъ моментомъ.

Всѣ эти условія привели къ тому, что органическое пониманіе явленій общественной жизни дѣлается, можно сказать, одной изъ самыхъ популярныхъ, самыхъ распространенныхъ идей настоящаго столѣтія. Она нашла себѣ представителей среди мыслителей самаго разнообразнаго направленія. Между прочимъ и среди соціологовъ-позитивистовъ весьма распространено признаніе общества организмомъ. Такой характеръ представляетъ и соціологическое ученіе самого Конта, и тутъ связь органическаго ученія объ обществѣ съ теоріей витализма сказывается съ полною очевидностью. Контъ, въ біологическомъ своемъ ученіи, отправляется отъ ученія Биша [1]) о жизненныхъ свойствахъ. Онъ отвергаетъ, правда, существованіе антагонизма между жизненными и физическими свойствами и даже признаетъ гармонію организма и окружающей его среды существеннымъ условіемъ жизни. Указываетъ также на замѣтные слѣды вліянія на Биша метафизическихъ ученій и потому предлагаетъ нѣкоторыя поправки въ подробностяхъ. Но вліяніе метафизики онъ считаетъ постороннимъ придаткомъ, значительно къ тому же сглаженнымъ въ позднѣйшемъ произведеніи Биша. Основная же идея теоріи витализма остается руководящимъ началомъ и для Конта, не допускающимъ и мысли о томъ, чтобы явленія жизни могли быть сведены къ явленіямъ физическимъ и химическимъ, чтобы они могли быть понятны и объяснены, какъ ихъ модификація. Раздѣляя такимъ образомъ установленное Биша противоположеніе явленій жизни всѣмъ другимъ, Контъ естественно пришелъ къ признанію общества организмомъ, такъ какъ нельзя отрицать значительнаго сходства явленій жизни и явленій общественности.

Органическое ученіе объ обществѣ принимало довольно различныя формы. У такъ называемой органической школы, основанной подъ непосредственнымъ вліяніемъ Шеллинга, Краузе, все дѣло сводилось къ признанію того, что въ общественной жизни, какъ и въ жизни органической, всѣ явленія находятся во взаимной обусловленности [2]). Другіе, какъ, напр., Блунчли [3]), останавливались на уподобленіи общественныхъ учрежденій внѣшнимъ формамъ человѣческаго тѣла. Такъ, Блунчли уподоблялъ правительство головѣ, потому что оно возвышается надо всѣмъ въ го-

[1]) Comte, Cours de philosophie positive, 4 édition, t. III. 1877. 14 leçon. pp. 187 et ss. (писано въ январѣ 1836 года).

[2]) *Bedingheit*—Краузе отличалъ его отъ Bedingtheit, обозначающей состояніе того, что обусловлено, состояніе пассивное; Bedingheit, напротивъ, обозначаетъ обоюдное отношеніе, включая и обусловливающее и обусловливаемое. Bedingheit ist das Verhältniss, dass das Sein oder Nichtsein des Einen untrennbar vereint ist mit dem Sein oder Nichts in des Andern. System der Rechtsphilosophie. s. 48—50.

[3]) *Bluntschli*, Psychologische Studien über Staat und Kirche. 1841.

сударствѣ. Министерство внутреннихъ дѣлъ сравнивалъ съ ушами, иностранныхъ дѣлъ—съ носомъ; уголовный судъ—съ пупкомъ. Даже различіе государства и церкви онъ сводилъ къ различію мужчины и женщины.

Но наибольшее распространеніе получила та форма органической теоріи, которая, примыкая къ позитивизму, признаетъ общество организмомъ въ смыслѣ тождества законовъ жизни съ законами общественности. Эта форма органической теоріи общества находитъ себѣ представителей во всѣхъ современныхъ литературахъ. Въ наиболѣе полномъ и законченномъ видѣ она выразилась въ трудахъ Спенсера, Шеффле, Лиліенфельда. Я остановлюсь главнымъ образомъ на ученіи Спенсера, какъ самомъ крупномъ представителѣ этого направленія.

Обращаясь прежде всего къ общему характеру органической теоріи общества, нельзя не замѣтить, во-первыхъ, что отождествленіе законовъ жизни и законовъ общественности представляется лишеннымъ достаточнаго общаго обоснованія.

Сходство, замѣчаемое въ явленіяхъ общественной и органической жизни, не даетъ еще права, сближая общественныя и жизненныя явленія, противополагать ихъ вмѣстѣ явленіямъ неорганическимъ. Для обоснованія такой классификаціи необходимо, кромѣ того, доказать, что сходство общественныхъ и органическихъ явленій значительно ближе сходства явленій органическихъ и неорганическихъ и что, съ другой стороны—это особенно важно—различіе явленій общественности и явленій жизни представляется менѣе существеннымъ, нежели различіе явленій органическаго и неорганическаго міра. Если при сходствѣ явленій общественности съ явленіями жизни окажется, что сходство это не превышаетъ сходства органическаго и неорганическаго міра, что различіе между ними по крайней мѣрѣ столь-же значительно, какъ и различіе жизненныхъ и нежизненныхъ явленій, то нѣтъ никакого основанія, соединяя воедино жизнь и общественность, противополагать ихъ неорганическому, а наоборотъ слѣдуетъ принять тройную классификацію: явленія неорганическія, органическія и общественныя. На это сторонники органическаго воззрѣнія на общество обыкновенно не обращаютъ вниманія и сосредоточиваютъ всю свою аргументацію на доказательствѣ существованія сходства между обществомъ и организмомъ, возможности сближенія совершающихся въ нихъ процессовъ. Таковы, напримѣръ, аргументаціи Лиліенфельда и Спенсера. Они намѣчаютъ соотвѣтствіе въ явленіяхъ жизни и общественности, указываютъ, что общество, подобно организму, растетъ, дифференцируется въ строеніи, спеціализируется въ функціяхъ, выдѣляетъ изъ себя части, способныя къ самостоятельному существованію, и отсюда заключаетъ, что общество есть не что иное, какъ организмъ. Между тѣмъ уже общій характеръ параллели, проводимой между явленіями об-

щественности и жизни, способенъ подорвать довѣріе къ ея убѣдительности. Рядомъ съ безспорно поразительнымъ соотвѣтствіемъ тѣхъ и другихъ явленій въ подробностяхъ, въ общемъ параллель эта можетъ быть установлена лишь при соблюденіи одного условія, существенно подрывающаго значеніе всего этого сближенія. Аналогія общества и организма необходимо требуетъ сравненія явленій самой развитой общественности одновременно и съ развитыми формами органической жизни, и съ самыми низшими ея проявленіями: иначе невозможно найти органическихъ аналогій всѣмъ явленіямъ общественности. Такимъ образомъ, при несомнѣнно существующемъ соотвѣтствіи въ подробностяхъ, нѣтъ соотвѣтствія въ цѣломъ. Нельзя сказать, чтобы высшія формы общественности соотвѣтствовали высшимъ формамъ органической жизни, низшія—низшимъ. Наоборотъ, во многомъ высшія формы общественной жизни гораздо ближе подходятъ именно къ низшимъ формамъ органической, нежели къ высшимъ. При такомъ отсутствіи общаго соотвѣтствія естественно возникаетъ сомнѣніе: полно, точно ли общество организмъ, не есть ли оно особый порядокъ явленій, только частью сходныхъ съ явленіями органической жизни?

Другой общій недостатокъ этой аналогіи общества и организма заключается въ крайней неопредѣленности, а потому произвольности. Стоитъ только сравнить между собой изложеніе Спенсера и Лиліенфельда, чтобы убѣдиться въ этомъ. Спенсеръ полагаетъ, что лица, составляющія общества, могутъ, смотря по различію ихъ общественнаго положенія, соотвѣтствовать различнымъ клѣточкамъ организма. Рабочіе классы соотвѣтствуютъ пищеварительнымъ органамъ, правительственные классы—нервнымъ и т. п. Напротивъ, Лиліенфельдъ полагаетъ, что люди всегда соотвѣтствуютъ только нервнымъ клѣточкамъ, такъ что нервная система общества слагается не изъ однихъ только правительственныхъ органовъ, какъ думаетъ Спенсеръ, а изъ всѣхъ лицъ, составляющихъ общество. Нервная система общественной группы—это все населеніе. Другія же системы слагаются не изъ людей; напримѣръ, система распредѣлительная—это пути сообщенія. Различіе, полагаю, весьма существенное. И тѣмъ не менѣе Спенсеръ и Лиліенфельдъ, каждый на свой ладъ, но съ одинаковымъ успѣхомъ, проводятъ полнѣйшую, до мельчайшихъ подробностей, аналогію между обществомъ и организмомъ.

Та же самая неопредѣленность сказывается и въ выводахъ органической теоріи. Большинство дѣлаетъ изъ нея выводы въ пользу необходимости расширенія государственной дѣятельности, ограниченія индивидуальной свободы, подчиненія личности обществу. Такъ Шеффле на почвѣ своего органическаго ученія приходитъ къ катедеръ-соціалистическимъ взглядамъ. И рядомъ съ этимъ Спенсеръ, также опираясь на признаніе государства организмомъ, является рѣшительнымъ сторонни-

комъ индивидуализма, свободной конкурренціи, крайняго ограниченія государственнаго вмѣшательства.

Наконецъ, третій общій недостатокъ всего этого органическаго воззрѣнія на общество, обусловленный двумя уже указанными, это тотъ, что оно не можетъ удовлетворить той цѣли, ради которой вообще устанавляются научныя гипотезы. Научная гипотеза служитъ ускоренію примѣненія дедуктивнаго метода къ извѣстной отрасли знанія. Но разъ нѣтъ общаго соотвѣтствія въ соотношеніи формъ органической жизни и формъ общественности, разъ самыя уподобленія общества и организма допускаютъ широкій просторъ произвола, органическая теорія не можетъ служить сколько-нибудь прочной основой научныхъ дедукцій. И дѣйствительно, до сихъ поръ все органическое ученіе не дало никакихъ новыхъ выводовъ, новыхъ пріобрѣтеній. Оно дало только новую форму уже имѣвшемуся налицо матеріалу, новую систему положенія, новыя рубрики, новую терминологію. Но рѣшительно ничего новаго по содержанію. Такимъ образомъ уподобленіе общества и организма по меньшей мѣрѣ безплодно. Но можно съ большимъ основаніемъ утверждать, что оно даже и прямо вредно. Эти сопоставленія явленій общественности и органической жизни, предоставляя широкій просторъ изощренію остроумія и игрѣ воображенія, весьма заманчивы, и потому легко могутъ отвлечь умъ отъ другой, менѣе легкой и заманчивой, но болѣе плодотворной работы: собиранія новаго матеріала для выясненія особенностей явленій общественности.

Таковы общіе недостатки органической теоріи. Каковы же подробности?

Спенсеръ начинаетъ свою аргументацію съ доказательства невозможности признать общество механическимъ аггрегатомъ. Доказательство этому онъ усматриваетъ въ томъ, что общество состоитъ изъ живыхъ частей, а по его мнѣнію, составленное изъ живыхъ частей не можетъ не быть и само живымъ цѣлымъ. Затѣмъ, обращаясь къ вопросу, есть ли основаніе видѣть въ обществѣ аггрегатъ особаго рода, отличающійся одинаково и отъ механическихъ и отъ органическихъ аггрегатовъ, онъ отвѣчаетъ на него отрицательно, такъ какъ находитъ, что во всѣхъ своихъ существенныхъ свойствахъ органическіе и общественные аггрегаты представляютъ полнѣйшее сходство.

Характерными особенностями живого цѣлаго служатъ ростъ, дифференціація строенія и спеціализація функцій, размноженіе и смертность. Спенсеръ утверждаетъ, что и общественная жизнь выражается въ тѣхъ же характерныхъ явленіяхъ. Развитіе общества всегда сопровождается увеличеніемъ его объема, слѣдовательно, ростомъ. И при томъ явленія общественнаго роста совершаются въ тѣхъ же самыхъ двухъ формахъ, какъ и явленія органическаго роста: путемъ внутренняго размноженія

клѣточекъ (въ обществѣ людей), уже составляющихъ данный аггрегатъ, и путемъ присоединенія извнѣ новыхъ клѣточекъ (въ обществѣ—путемъ завоеваній и вообще присоединенія новыхъ территорій). Развитіе общества выражается, однако, не въ одномъ только увеличеніи объема, а также въ переходѣ отъ однороднаго состава и строенія къ все болѣе и болѣе разнородному: въ образованіи сословій, различныхъ общественныхъ классовъ, въ установленіи все болѣе и болѣе разнородныхъ общественныхъ учрежденій, во все возрастающей спеціализаціи занятій. И тутъ также Спенсеръ находитъ сходство не только въ общемъ, но и въ самыхъ формахъ дифференціаціи и спеціализаціи. Такъ, напримѣръ, ходъ постепенной дифференціаціи правительственныхъ учрежденій совершенно соотвѣтствуетъ ходу дифференціаціи нервной системы. У низшихъ животныхъ одна система, у высшихъ—двѣ: головноспинная, завѣдующая внѣшними отношеніями организма, и симпатическая, управляющая внутренними его отправленіями. Точно также и въ государствѣ первоначально военное управленіе сливается съ гражданскимъ, а съ большимъ развитіемъ они отдѣляются другъ отъ друга. Явленія размноженія, въ формахъ, свойственныхъ низшимъ организмамъ, сегментаціи и почкованія Спенсеръ усматриваетъ въ фактахъ распаденія одного государства на нѣсколько самостоятельныхъ государствъ и фактахъ отдѣленія колоній. Смертность общества можетъ возбудить, по признанію самого Спенсера, нѣкоторыя сомнѣнія, но неосновательныя. Сомнѣнія въ существованіи естественной смерти обществъ возникаютъ лишь потому, что необезпеченность международнаго порядка дѣлаетъ преобладающими случаи насильственной смерти государства. Съ установленіемъ же вполнѣ мирныхъ международныхъ отношеній естественная смертность обществъ станетъ для всѣхъ очевидна.

Итакъ, по мнѣнію Спенсера, общество совершенно такъ же, какъ и организмъ растетъ, дифференцируется, спеціализируется, размножается, умираетъ. Но на ряду со всѣмъ этимъ сходствомъ, нѣтъ ли между ними и существенныхъ различій? Спенсеръ утверждаетъ, что нѣтъ. Чаще всего указываютъ, какъ на рѣзкую отличительную способность общества, на его *дискретность*, т. е. на отсутствіе въ немъ матеріальной сплоченности, матеріальной связанности его частей. Но это различіе только кажущееся. Какъ въ составъ животнаго входятъ части съ различной степенью жизненности, такъ и въ составъ общества входятъ не только люди, но и территорія, а чрезъ посредство территоріи всѣ члены общества оказываются въ матеріальномъ соприкосновеніи другъ съ другомъ.

Единственное различіе между обществомъ и организмомъ, признаваемое Спенсеромъ, есть то, будто бы въ организмѣ цѣлое—цѣль, а части—средство; въ обществѣ же ихъ соотношеніе обратное. Здѣсь отдѣльные люди—цѣль, а общество только средство для людскихъ цѣлей.

Такова вкратцѣ аргументація Спенсера: можно ли признать, что ею доказана органическая природа общества?

Обращаясь къ разсмотрѣнію проводимой Спенсеромъ параллели, мы тутъ, на ряду съ несомнѣннымъ сходствомъ, замѣчаемъ и существенныя различія. Двѣ формы роста, наблюдаемыя въ жизни естественныхъ организмовъ, повторяются, говоритъ Спенсеръ, и въ развитіи общественныхъ союзовъ. И общество растетъ или въ силу присоединенія извнѣ общественныхъ группъ, или въ силу размноженія собственныхъ членовъ. Но ростъ путемъ присоединенія извнѣ представляетъ въ общественной жизни модификаціи, рѣшительно немыслимыя въ жизни организма. Ростъ путемъ присоединенія извнѣ встрѣчается лишь въ организмахъ, не представляющихъ сколько-нибудь дифференцированнаго строенія. Въ отношеніи организмовъ, обладающихъ развитой сложной организаціей, онъ не встрѣчается. Напротивъ, въ общественной жизни эта форма роста встрѣчается даже при самой сложной, самой дифференцировавшейся общественной организаціи. Поэтому, исторія обществъ человѣческихъ заурядъ представляетъ намъ примѣры того, какъ отъ одного общества къ другому присоединяется какой-либо органъ, имѣющій спеціальную функцію и сохраняющій ее послѣ своего присоединенія къ новому общественному аггрегату. Въ исторіи современныхъ государствъ мы найдемъ множество примѣровъ присоединенія рѣзко обособленныхъ земледѣльческихъ округовъ, промышленныхъ центровъ, торговыхъ рынковъ, крѣпостей, портовъ—а все это, съ точки зрѣнія Спенсера, особые, дифференцировавшіеся органы общественнаго тѣла. Такой же характеръ имѣютъ переселенія или переходъ изъ одной страны въ другую отдѣльныхъ личностей, когда они сохраняютъ свою профессію, когда членъ иностранной династіи дѣлается правителемъ государства, когда переселяются ремесленники, техники, капиталисты, профессора и т. п. Спенсеръ, правда, утверждаетъ, будто бы эмиграція играетъ въ исторіи народовъ такую ничтожную роль, что ее можно вовсе не принимать въ соображеніе. Но стоитъ вспомнить хотя бы только переселеніе негровъ въ Америку въ старое время, или теперь переселенія въ нее китайцевъ, наконецъ, и всю исторію Америки вообще, чтобы понять совершенную голословность и произвольность такого утвержденія Спенсера.

Точно также и процессъ спеціализаціи функцій, существуя и въ общественной жизни, представляетъ однако въ ней и существенныя особенности. Выдѣленіе, обособленіе функціи несомнѣнно и въ обществѣ есть признакъ извѣстной степени развитія. Такъ войско, первоначально состоявшее изъ всего населенія, современемъ обособляется и постоянныя арміи, наемныя или набираемыя принудительно, представляютъ уже вполнѣ обособленный элементъ общественной организаціи. Но, между тѣмъ, какъ въ организмахъ прогрессивное развитіе на всѣхъ своихъ

стадіяхъ представляетъ неизмѣнный процессъ спеціализаціи и дифференціаціи, въ общественной жизни мы видимъ не то. Въ обществѣ спеціализація не безгранична; когда процессъ этотъ достигаетъ извѣстной предѣльной стадіи, начинается развитіе въ обратномъ направленіи. Такъ, введенная теперь почти во всѣхъ государствахъ общая воинская повинность, безъ сомнѣнія, ослабляетъ обособленность арміи и представляетъ какъ бы возвратъ къ тому времени, когда войскомъ была не часть народа, а весь народъ въ цѣломъ. Это соображеніе приводитъ насъ къ другому различію, также весьма существенному. Въ организмѣ каждая клѣточка причастна лишь одной какой либо строго опредѣленной функціи. Одна и та же клѣтка не можетъ быть поочередно то нервной клѣткой, то клѣткой поджелудочной железы. Но въ обществѣ мы находимъ именно такое чередованіе функцій. Одинъ и тотъ же человѣкъ поочередно можетъ пахать землю, быть церковнымъ старостой, присяжнымъ засѣдателемъ, членомъ общиннаго или провинціальнаго управленія, членомъ законодательнаго собранія, а пожалуй, и президентомъ республики. И это смѣшеніе разнообразнѣйшихъ функцій не уменьшается, а, напротивъ, растетъ съ развитіемъ общества.

Въ отношеніи къ размноженію замѣчается почти то же, что и въ отношеніи къ росту. Общество не только на всѣхъ стадіяхъ своего развитія удерживаетъ низшія формы размноженія, дѣленія и почкованія, но и вообще не знаетъ другихъ, мало того, и самое распаденіе или отдѣленіе частей государства представляетъ въ дѣйствительности лишь самое поверхностное, внѣшнее сходство съ размноженіемъ организмовъ, ограничивающееся тѣмъ, что въ томъ или другомъ отдѣляется нѣчто, продолжающее самостоятельное бытіе. Но размноженіе организмовъ поддерживаетъ родовую жизнь, отдѣлившіяся особи представляютъ тотъ же типъ, принадлежатъ вмѣстѣ съ своими предками къ одному виду. Размноженіе есть прежде всего произведеніе *себѣ подобныхъ*. Въ общественной исторіи отдѣленіе частей даетъ совершенно другіе результаты. Если части государства отдѣляются, то это обусловливается всегда значительной, такъ или иначе сложившейся, особностью отдѣляющейся провинціи. Обыкновенно въ такихъ случаяхъ существуетъ даже антагонизмъ, національный, религіозный, политическій и т. п. При такихъ условіяхъ отдѣлившаяся часть, конечно, не можетъ не представить въ своей самостоятельной организаціи существенныхъ, рѣзкихъ отличій, сравнительно съ организаціей государства, отъ котораго она отдѣлилась. Примѣръ Сѣверо-Американскихъ Штатовъ или славянскихъ княжествъ какъ нельзя лучше это подтверждаетъ. Каждое отдѣльное государство имѣетъ рѣзко опредѣленную индивидуальность и къ государствамъ поэтому рѣшительно непримѣнимо понятіе родовой жизни.

Въ ближайшей связи съ размноженіемъ стоитъ вопросъ о смертности

обществъ. Дѣйствительно смертность, ограничивая существованіе особи, въ отношеніи къ жизни цѣлаго вида является основнымъ условіемъ прогресса. Вмѣстѣ съ тѣмъ, смертность особей находитъ себѣ противовѣсъ въ неограниченномъ никакимъ предѣльнымъ срокомъ существованіи цѣлаго вида. И видъ можетъ исчезнуть съ лица земли. Но нельзя сказать, чтобы онъ былъ смертенъ въ томъ же смыслѣ, какъ и отдѣльная особь, погибающая неизбѣжно не только при неблагопріятныхъ условіяхъ, но и при самыхъ благопріятныхъ—естественною смертью отъ старости. Поэтому, гдѣ нѣтъ видовой жизни, гдѣ мы находимъ только жизнь индивидуальную, тамъ естественно ожидать отсутствія естественной смертности. Безпримѣрность естественной смерти обществъ, не знающихъ ни размноженія, въ смыслѣ продолженія рода, ни родовой жизни, находитъ себѣ такимъ образомъ вполнѣ простое объясненіе. А соображенія Спенсера, будто безпримѣрность случаевъ естественной смерти обществъ есть явленіе лишь временное, вызванное недостаточнымъ еще развитіемъ международныхъ отношеній, есть весьма грубый софизмъ. Если дикарь склоненъ всякую смерть приписывать чьему-либо насилію, или колдовству, то это находитъ себѣ объясненіе въ особенности его міросозерцанія, его суевѣріяхъ, словомъ, имѣетъ чисто субъективную причину. Дикіе звѣри стоятъ гораздо ниже и первобытнаго человѣка, но случаи естественной смерти межъ ними не безпримѣрны и никто не сомнѣвается въ ихъ смертности. Значитъ объясненіе, даваемое Спенсеромъ неизвѣстности случаевъ естественной смерти, недостаточно и невозможно съ нимъ согласиться, чтобы эта особенность общественной жизни не имѣла значенія. Если принять въ соображеніе указанную связь между смертностью и родовой жизнью, то эта черта получаетъ, напротивъ, весьма глубокій смыслъ.

Точно также едва-ли можно признать удавшимися старанія Спенсера умалить значеніе двухъ другихъ упоминаемыхъ имъ существенныхъ различій между обществомъ и организмомъ: дискретность общества, въ смыслѣ отсутствія матеріальной связи между его членами, и особенность соотношенія въ обществѣ между цѣлымъ и частями.

Дискретность общества онъ старается представить только кажущейся и для этого приравниваетъ территорію, имущество домашнихъ животныхъ къ омертвѣлымъ, менѣе жизненнымъ частямъ организма, каковы кости, волосы, верхній покровъ кожи. Но эти составныя части организма суть вмѣстѣ съ тѣмъ и продуктъ совершающихся въ немъ процессовъ и этимъ существенно отличаются отъ могущихъ иногда попасть въ организмъ, такъ называемыхъ, инородныхъ тѣлъ. Да и съ такими даже натяжками не устранишь дискретности общества, если не игнорировать совершенно произвольно общественныхъ союзовъ, не имѣющихъ опредѣленной территоріи. Такова, напр., церковь. Ея дискретность не

можетъ быть ничѣмъ замаскирована, такъ какъ она состоитъ изъ разразрозненныхъ, иногда очень мелкихъ и удаленныхъ другъ отъ друга частей различныхъ государствъ. Наконецъ и территоріальныя общенія могутъ принимать такія формы, при которыхъ дискретность нельзя замаскировать никакими натяжками. Таковы случаи чрезполосности государственной территоріи, а также государствъ, имѣющихъ заморскія колоніи.

По вопросу объ отношеніи частей къ цѣлому въ обществѣ и въ организмѣ Спенсеръ останавливается только на вопросѣ, что является въ томъ и другомъ цѣлью и что средствомъ. Намъ кажется, что вопросъ этотъ совершенно праздный. Всякое самосознающее существо полагаетъ себя цѣлью, а все другое средствомъ. Человѣкъ считаетъ одинаково средствомъ для своихъ цѣлей и тѣ клѣточки, изъ коихъ самъ состоитъ, и то общество, въ составъ котораго входитъ, какъ составной элементъ. Это понятіе цѣли совершенно субъективное и если-бъ клѣточки обладали самосознаніемъ, онѣ, конечно, считали-бъ себя цѣлью, а организмъ, ими составляемый, средствомъ. На такой субъективной почвѣ невозможно получить никакого опредѣленнаго научнаго вывода.

Оставляя въ сторонѣ телеологію, мы можемъ найти другую, болѣе объективную, постановку этого вопроса о соотношеніи частей и цѣлаго. Будемъ-ли мы считать человѣка цѣлью, а общество—средствомъ или наоборотъ, мы во всякомъ случаѣ не можемъ не замѣтить существеннаго различія между отношеніями человѣка къ обществу и клѣтки къ организму, мы не можемъ отказать въ признаніи за человѣкомъ большей самостоятельности сравнительно съ клѣткой. Клѣтка всегда составляетъ исключительную принадлежность одного организма, она не можетъ быть одновременно причастна жизни нѣсколькихъ организмовъ. Она не можетъ оставить временно свой организмъ для другого. Въ организмѣ не могутъ находиться временно клѣточки-иностранцы. Между тѣмъ какъ въ общественной жизни иностранцы заурядное явленіе. Поэтому воздѣйствію на себя одного организма клѣтка не можетъ найти противовѣса въ воздѣйствіи другого организма, также включающаго ее въ себѣ. Для человѣка такое положеніе относительно общества не только возможно, но съ ходомъ цивилизаціи дѣлается все болѣе и болѣе общимъ фактомъ. Человѣкъ можетъ быть одновременно членомъ нѣсколькихъ разнородныхъ общественныхъ союзовъ, не совпадающихъ въ своихъ границахъ. Такъ, напр., нашъ подданный можетъ быть германской національности и членомъ католической церкви. При такихъ условіяхъ вліянію каждаго даннаго общества противостоитъ уже не изолированная, безсильная личность, а напротивъ личность, опирающаяся на поддержку другихъ общественныхъ союзовъ. Но, что еще важнѣе, при такихъ условіяхъ каждая отдѣльная личность не является продуктомъ

исключительно даннаго общественнаго союза, а продуктомъ совмѣстнаго воздѣйствія нѣсколькихъ разнородныхъ союзовъ и, такъ какъ разныя личности принадлежатъ различнымъ союзамъ, то этимъ обусловливается большое разнообразіе индивидуальныхъ особенностей въ населеніи современныхъ государствъ, и иногда даже прямой разладъ, антагонизмъ личности съ окружающей ее общественной средой.

§ 37. Природа общества.

Итакъ, прослѣдивъ шагъ за шагомъ параллель, приводимую Спенсеромъ между обществомъ и организмомъ, мы на ряду съ несомнѣнно существующимъ сходствомъ нашли по каждому изъ намѣченныхъ пунктовъ и существенныя особенности. Попытаемся же эти отдѣльныя особенности свести какъ нибудь воедино, найти имъ общее основаніе.

Если мы обратимся къ наукамъ, изслѣдующимъ явленія неорганическаго міра, то мы увидимъ, что тамъ всегда изслѣдованіе отправляется отъ изученія данныхъ въ настоящемъ условіи, такъ что каждое явленіе опредѣляется наличностью тѣхъ условій, которыя дѣйствуютъ въ данное время. Для того, чтобы изучить свойство какого-нибудь химическаго вещества или законы движенія какого-нибудь тѣла, нѣтъ необходимости обращаться къ самому происхожденію этого вещества или движенія, къ опредѣленію того, какимъ образомъ явилось данное движущееся тѣло и каковъ источникъ движенія. Мы можемъ разсматривать данное движеніе, совершенно игнорируя источникъ движенія, тотъ толчокъ, которымъ вызвано движеніе. Такимъ образомъ, въ неорганическомъ мірѣ все опредѣляется настоящимъ. Въ механикѣ, физикѣ, химіи нѣтъ ученія о развитіи, нѣтъ исторіи или чего-нибудь такого, что можно было бы назвать эмбріологіей. Механическій аггрегатъ, напр., куча камней, можетъ существовать неопредѣленное время, если не нарушены условія равновѣсія, но распадается тотчасъ же, если эти условія нарушены. Приспособиться къ внѣшнимъ условіямъ онъ не можетъ. Такимъ образомъ существованіе механической группы обусловливается настоящимъ; прошлое не даетъ ему энергіи, которая поддерживала бы его существованіе вопреки измѣнившимся условіямъ. Вотъ почему механическій аггрегатъ не знаетъ естественной смерти. Куча камней можетъ существовать безконечно, но она можетъ и очень скоро распасться, если измѣнены условія. Словомъ, прошлое нисколько не вліяетъ на ея судьбу.

Если мы обратимся къ явленіямъ органическаго міра, то тамъ замѣтимъ совершенно другое, а именно: тамъ изученіе отдѣльныхъ явленій немыслимо безъ разсмотрѣнія послѣдовательнаго развитія. Если въ наукѣ объ явленіяхъ органическаго міра отбросить ученіе объ ихъ генезисѣ, то остается одна номенклатура. Для изученія природы жи-

выхъ существъ необходимо обратиться къ изслѣдованію индивидуальнаго ихъ образованія, но этого мало, необходимо указать еще мѣсто, занимаемое даннымъ видомъ животныхъ въ общей цѣпи органическихъ твореній, указать, какъ они развиваются изъ зародыша, такъ что изслѣдованіе генезиса является необходимою принадлежностью всякой науки данной области. Зоологъ, не обращающійся къ эмбріологіи, не можетъ выяснить научнымъ образомъ ни одного изъ явленій органической жизни.

Если мы обратимся къ условіямъ существованія механическихъ аггрегатовъ и органическихъ тѣлъ, то и здѣсь замѣтимъ значительную разницу. Куча камней можетъ распасться во всякое время при нарушеніи условій равновѣсія, между тѣмъ какъ всякое животное обладаетъ жизненностью, данною ему при рожденіи, обладаетъ извѣстною способностью приспособляться къ измѣняющейся внѣшней обстановкѣ, оказываетъ сопротивленіе неблагопріятнымъ условіямъ. Спенсеръ опредѣляетъ жизнь какъ способность приспособляться къ внѣшнимъ условіямъ. Это значитъ, что всякое животное можетъ приспособляться къ внѣшнимъ условіямъ, такъ какъ его существованіе опредѣляется прошлымъ, т. е. той энергіей, которая имъ получена при рожденіи. Организмъ самъ можетъ измѣняться, примѣняясь къ внѣшнимъ условіямъ жизни. Такимъ образомъ неорганическій міръ опредѣляется настоящимъ, а органическій настоящимъ и прошедшимъ. Законы наслѣдственности показываютъ, что прошлое всего человѣческаго рода и, можетъ быть, даже всего органическаго міра обусловливаетъ уже въ извѣстной степени характеръ и жизнь каждой отдѣльной человѣческой особи. Каждый животный зародышъ получаетъ извѣстный запасъ энергіи, которая затѣмъ тратится на приспособленіе къ внѣшнимъ условіямъ жизни. Если внѣшнія условія будутъ неблагопріятны, то трата энергіи будетъ быстрѣе, если они благопріятны—медленнѣе, но какъ бы ни были они благопріятны, все-таки необходимо наступитъ моментъ полнаго истощенія этой энергіи. Каждое живое существо погибаетъ не случайно, а погибаетъ потому, что оно истратило всю свою энергію для борьбы съ внѣшними условіями.

Обратившись отъ міра органическаго и неорганическаго къ міру общественныхъ явленій, необходимо прежде всего посмотрѣть, опредѣляются ли явленія въ этой сферѣ настоящимъ или прошедшимъ, или тѣмъ и другимъ вмѣстѣ, или, наконецъ, чѣмъ-нибудь новымъ? Несомнѣнно, что общіе законы, которые управляютъ явленіями органическаго и неорганическаго міра, одинаково примѣняются и къ явленіямъ общественной жизни. Въ самомъ дѣлѣ, для общества имѣетъ важное значеніе настоящее, напримѣръ, тѣ условія, въ которыхъ стоитъ данное государство въ международномъ союзѣ. Возьмемъ, напримѣръ, Бельгію и Швейцарію. Несомнѣнно, что ихъ существованіе опредѣляется на-

стоящими условіями. Географическое ихъ положеніе таково, что ни одно сосѣднее государство не можетъ допустить захвата территоріи этихъ государствъ другимъ.

Но рядомъ съ настоящимъ для общества имѣетъ важное значеніе и прошлое. Каждое поколѣніе имѣетъ извѣстное вліяніе на развитіе общественной жизни въ будущемъ, съ одной стороны, и каждое поколѣніе получаетъ богатое наслѣдство отъ отцовъ съ другой стороны. Жизнь и складъ общества тѣмъ болѣе опредѣляются прошедшимъ, чѣмъ болѣе это прошедшее богато историческими событіями, такъ что слабое общество въ настоящемъ можетъ, однако, существовать, если оно богато прошлымъ. Возьмемъ, напримѣръ, римскую имперію. Она существовала въ теченіе долгаго времени послѣ того, какъ настоящія условія несомнѣнно вели къ паденію. Ея прошлое было такъ богато, что даже варвары, разрушившіе ея политическое могущество, не могли не преклониться предъ величіемъ ея цивилизаціи.

Но рядомъ съ прошлою историческою жизнью, опредѣляющею складъ общественной жизни, и рядомъ съ настоящими благопріятными и неблагопріятными условіями стоитъ еще третій важный элементъ, составляющій отличительную черту общественныхъ явленій. Въ силу того, что человѣкъ одаренъ сознаніемъ и памятью, онъ переносится отъ прошедшаго къ будущему. Память и желаніе—это двѣ стороны одного и того же явленія. То, что человѣкъ накопилъ въ опытѣ въ прошедшемъ, такъ или иначе, онъ переноситъ въ будущее. Словомъ, онъ способенъ создавать представленіе о будущемъ, создавать идеалы. Существованіе этихъ идеаловъ или отсутствіе ихъ, ихъ характеръ, все это чрезвычайно важные моменты, опредѣляющіе общественную жизнь. Животное, истративъ всю энергію, погибаетъ при неблагопріятныхъ настоящихъ условіяхъ. Напротивъ, общество не погибаетъ, какъ бы ни были неблагопріятны условія въ настоящемъ, если только его идеалы въ данное время представляются сильными. Конечно, могутъ быть обстоятельства, которыя могутъ помѣшать образованію новыхъ идеаловъ, вслѣдствіе чего общество можетъ погибнуть, но эти обстоятельства случайныя. Такимъ образомъ, общество опредѣляется тремя моментами: настоящими условіями жизни, прошедшими и тѣми идеалами, которые образуются на основаніи прошедшаго опыта.

Зависимость явленій общественности не только отъ настоящаго и прошлаго, но и отъ представленій членовъ общества о будущемъ, ведетъ, конечно, къ большей сложности ихъ и къ большей относительной самостоятельности. Эту большую сложность и самостоятельность можно еще пояснить такимъ образомъ. По остроумному объясненію Клода Бернара, большая сложность органической жизни обусловливается тѣмъ, что организмъ, кромѣ внѣшней среды, окруженъ такъ сказать, еще и особой,

ему только свойственной и имъ самимъ для себя вырабатываемой, внутренней средой (milieu intérieur), которую составляютъ, главнымъ образомъ, жидкости его тѣла. Благодаря этой внутренней средѣ, организмъ можетъ сохранять высокую температуру и высокую степень влажности въ холодной и сухой средѣ. Этимъ создается относительная независимость организма отъ окружающей его въ каждый данный моментъ внѣшней среды и вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливается его зависимость отъ прошлаго, такъ какъ внутренняя среда организма есть продуктъ его дѣятельности въ прошломъ. Перенося ту же точку зрѣнія на общество, мы можемъ сказать, что общество окружено какъ бы троякаго рода средой: 1) окружающей его въ данное время внѣшней средой, слагающейся изъ совокупнаго воздѣйствія на него географическихъ условій и другихъ, совмѣстно съ нимъ существующихъ, обществъ; 2) средой внутренней, слагающейся изъ унаслѣдованныхъ обществомъ отъ прошлой его исторіи обычаевъ, учрежденій, и, наконецъ, 3) особой, идеальной, духовной средой, слагающейся изъ вырабатываемыхъ человѣческимъ обществомъ идеаловъ, представляющихъ догадку человѣчества о будущемъ.

Въ этой троякой обусловленности явленій общественности настоящимъ, прошлымъ и будущимъ или, иначе, внѣшней (физической), внутренней (органической) и идеальной, духовной средой, и заключается общее основаніе всѣхъ намѣченныхъ выше частныхъ различій общества отъ организма.

Говоря, что общество опредѣляется въ своей жизни, какъ особымъ факторомъ, идеями, мы этимъ признаемъ, что связь, соединяющая членовъ общества воедино, духовнаго, психическаго характера, и этимъ вполнѣ объясняется отсутствіе между ними матеріальной связи, дискретность общества. Дѣйствительно, психическія явленія тѣмъ больше всего и отличаются отъ явленій матеріальнаго міра, что они не пространственны, а потому духовная связь не предполагаетъ матеріальнаго соприкосновенія въ пространствѣ. Этимъ же объясняется и возможность для человѣка принадлежать одновременно къ различнымъ обществамъ и въ составѣ одного и того же общества къ различнымъ органамъ. Не будучи пространственны, идеи не представляются и взаимно непроницаемыми. Особенностью духовной связи, соединяющей членовъ общества, объясняется, наконецъ, и возможность роста путемъ присоединенія и въ дифференцировавшемся обществѣ.

Съ другой стороны—обусловленностью явленій общественности будущимъ объясняется и то, что общества не знаютъ естественной смерти. Въ организмахъ энергія ихъ жизнью непремѣнно исчерпывается, и чѣмъ дѣятельнѣе ихъ жизнь, тѣмъ скорѣе. Въ обществѣ хотя также совершается расходъ энергіи, но расходъ возмѣщается образованіемъ новой силы въ формѣ руководящихъ и одухотворяющихъ общество идеаловъ.

Старые обычаи расшатываются, старыя учрежденія дѣлаются негодными, но это еще не ведетъ къ смерти общества. Если только въ немъ сохраняется способность психическаго творчества, если оно еще способно создавать себѣ идеалы, старые, дряхлѣющіе обычаи замѣняются въ немъ новой, свѣжей вѣрой, и общество найдетъ въ ней новый источникъ жизни. Поэтому-то общество не имѣетъ предѣльнаго срока жизни. И оно, конечно, можетъ погибнуть, но оно не знаетъ, какъ и механическіе аггрегаты, естественной смерти. Отсутствіемъ же естественной смерти, какъ мы указывали уже, вполнѣ объясняется и отсутствіе размноженія, такъ какъ одно другимъ прямо обусловлено.

Такимъ образомъ органическое воззрѣніе на общество, какъ не объясняющее всѣхъ особенностей явленій общественности, должно быть замѣнено *психическимъ* [1]), признающимъ въ идеалахъ отличительный факторъ общественныхъ аггрегатовъ и ставящимъ явленія общественности на ряду съ явленіями неорганическаго и органическаго міра, какъ третью самостоятельную группу явленій міра неорганическаго.

Но, отвергая органическую теорію, мы не можемъ не признать ея заслугъ для обществовѣдѣнія. Если механическое воззрѣніе на общество имѣетъ важное историческое значеніе, то точно такое же значеніе нужно признать и за органическимъ воззрѣніемъ. Механическое воззрѣніе отрицало исторію, значеніе прошедшаго для общественныхъ явленій, между тѣмъ, какъ органическое воззрѣніе признало преемственную связь между общественными явленіями, указавъ, что они опредѣляются не только настоящимъ, но и прошедшимъ. Вотъ почему органическое воззрѣніе дало новый толчокъ научному уясненію общественныхъ явленій. Однако, эта теорія остановилась на полдорогѣ. Какъ это ни странно со стороны Спенсера, который является представителемъ эволюціонизма, но онъ, сочтя необходимымъ оглянуться назадъ, обративъ свое вниманіе на прошедшее, не пошелъ дальше, не обратилъ вниманія на то, что общество въ своемъ развитіи опредѣляется не только настоящимъ и прошедшимъ, но и представленіемъ о будущемъ. Теорія развитія состоитъ въ томъ, что она не останавливается на настоящемъ, что она не выводитъ всѣхъ условій индивидуальнаго и общественнаго развитія изъ настоящаго, а кладетъ въ свое основаніе понятіе постояннаго прогресса. Вотъ почему и Спенсеру нужно бы было, не ограничиваясь прошедшимъ, взглянуть впередъ, указать намъ, что общество опредѣляется въ своемъ развитіи представленіемъ о будущемъ, и, такимъ образомъ, выйти изъ односторонности. Не споря о словахъ, мы можемъ назвать и общество организмомъ, но

---

[1]) Во второмъ изданіи своей книги Шеффле приходитъ къ тому же выводу: Die menschliche Geselschaft ist eine rein geistlich (psychisch) bewirkte, durch Ideenzeichen und durch Kunsthandlungen vollzogene untheilbare Lebensgemeinschaft organischer Individuen, Bau und Leben. I, s. 1.

такимъ, который представляетъ свои особенности, сводящіяся къ особенной силѣ образованія представленій о возможномъ будущемъ образованіи идеаловъ.

Такое объясненіе вполнѣ удовлетворяетъ тѣмъ требованіямъ, которыя должны быть постановлены относительно всякой гипотезы. Дѣйствительно, первыя требованія относительно гипотезы заключаются въ томъ, чтобы тѣ причины, къ которымъ сводится та или другая группа явленій, были истинными причинами (vera causa), т. е., чтобы онѣ были замѣчены какъ сила въ отношеніи данной группы явленій, а если нѣтъ, то чтобы провѣрка ихъ была возможна, чтобы реальное существованіе ихъ могло быть доказано. Подобному требованію удовлетворяетъ представленное нами положеніе.

Повѣрка выставленной гипотезы заключается въ томъ, что выводы, какіе можно получить изъ нея дедуктивнымъ путемъ, должны быть согласны съ дѣйствительными явленіями. Такъ, если способность образованія идеаловъ является спеціальною особенностью общественныхъ явленій, то мы должны придти къ такому выводу, что чѣмъ сильнѣе эта способность, тѣмъ развитѣе должно быть общежитіе. Это вполнѣ подтверждается въ дѣйствительности. Если сравнить общество культурное, въ которомъ общеніе является первою потребностью для каждаго члена общества, съ жизнью народовъ, живущихъ въ дикомъ состояніи, то можно замѣтить рѣзкое различіе, такъ какъ дикарь очень легко отказывается отъ общенія. Если мы обратимъ вниманіе на способности дикаря, то также увидимъ рѣзкое различіе между способностями людей, живущихъ въ дикомъ состояніи, и людей, живущихъ въ обществѣ. Чѣмъ слабѣе общественныя узы между людьми, тѣмъ меньше въ нихъ развиты интеллектуальныя способности, тѣмъ меньшую роль у нихъ играетъ забота о будущемъ. Извѣстно, что первобытный человѣкъ тѣмъ именно и отличается, что онъ живетъ настоящимъ, не заботясь о будущемъ, что онъ не накопляетъ матеріаловъ, не заводитъ связей съ людьми, которые могли бы пригодиться ему въ будущемъ.

Вторымъ выводомъ указанной теоріи является то, что если представленіе о будущемъ, способность составленія идеаловъ прямо пропорціональна развитію общественности, то тѣ условія, которыя способствуютъ развитію психической способности къ образованію идеаловъ, должны служить вмѣстѣ съ тѣмъ и условіями развитія общественной жизни. Дѣйствительно, условія психическаго развитія отдѣльнаго человѣка и условія развитія общества совпадаютъ. Если въ организмѣ самостоятельность отдѣльныхъ клѣточекъ обратно пропорціональна развитію цѣлаго организма, то въ обществѣ мы не видимъ того, чтобы самостоятельность отдѣльныхъ членовъ уменьшалась по мѣрѣ развитія общественной жизни, а напротивъ самостоятельность отдѣльныхъ членовъ общества,

индивидуальныя ихъ способности, составляютъ первое условіе развитія общества. Гдѣ подавляется развитіе индивидуальной мысли, тамъ невозможно развитіе идеаловъ, тамъ общество вырождается, задерживается въ своемъ развитіи какъ во внутреннихъ, такъ и во внѣшнихъ международныхъ отношеніяхъ, и если такое состояніе общества будетъ продолжительнымъ, то это можетъ отозваться всегда гибельно на обществѣ. Далѣе, если условія развитія психическихъ способностей совпадаютъ съ условіями развитія общественной жизни, то мы должны признать, что тотъ кругъ людей, гдѣ представленіе о будущемъ играетъ первенствующую роль, представляется крѣпко связаннымъ и потому могущимъ дать надлежащій отпоръ временнымъ неблагопріятнымъ условіямъ. Вся, напр., жизнь евреевъ опредѣляется представленіемъ о будущемъ, ожиданіемъ Мессіи, а потому, не смотря ни на какія неблагопріятныя условія, между ними существуетъ такая связь, которой могутъ позавидовать другія народности.

Если общественныя отношенія опредѣляются силою и степенью развитія идеаловъ, выставляемыхъ отдѣльными лицами, то нужно признать, что общественная жизнь при настоящихъ данныхъ условіяхъ можетъ измѣниться сообразно съ идеалами, выставленными отдѣльными членами общества, и что на развитіе общественной жизни могутъ имѣть вліяніе ложныя, ошибочныя представленія о будущемъ. Такъ, напр., несмотря на несомнѣнную ложность религіозныхъ представленій магометанъ, эпоха господства магометанской вѣры была вмѣстѣ съ тѣмъ и эпохою процвѣтанія магометанскаго міра. Если, такимъ образомъ, даже ложные идеалы имѣютъ важное вліяніе на развитіе общественной жизни, то мы должны признать, что идеалы могутъ быть крайне разнообразными и что для развитія общественной жизни нельзя ставить извѣстныхъ предѣловъ, извѣстнаго типа, за который общество не можетъ перейти. Для организмовъ существуетъ извѣстный предѣлъ, извѣстный типъ, дальше котораго они не идутъ и съ достиженіемъ котораго они служатъ только цѣлямъ размноженія, цѣлямъ рода. Въ обществѣ мы замѣчаемъ совершенно обратное явленіе: съ измѣненіемъ идеаловъ можетъ совершенно измѣниться общественная жизнь. Если идеалы такъ широки, что могутъ обнимать разнообразныя группы людей по занятіямъ, по привычкамъ, по національностямъ и т. п., то они могутъ лечь въ основу весьма широкаго единенія людей между собою. Поэтому нужно признать несправедливымъ ученіе исторической школы, будто бы, подобно тому, какъ для каждаго организма есть опредѣленный типъ, въ предѣлахъ котораго могутъ совершаться лишь небольшія измѣненія, такъ и у каждаго народа есть опредѣленный національный духъ, опредѣленныя свойства, въ предѣлахъ которыхъ онъ развивается. Это ученіе явилось въ политикѣ протестомъ противъ революціонныхъ стремленій конца прошлаго столѣтія и

попытокъ перенести на континентъ политическія учрежденія Англіи. Противъ этого стремленія и высказалась историческая школа, по мнѣнію которой государственное устройство Англіи пригодно только для одной Англіи, такъ какъ оно соотвѣтствуетъ національному духу англичанъ, между тѣмъ какъ Франція, Германія и другія страны должны развиваться особымъ путемъ, сообразно національнымъ особенностямъ ихъ типа. Какъ птица не можетъ сдѣлаться млекопитающимъ, а млекопитающее птицей, такъ точно ни одно государство не можетъ уклониться отъ пути, соотвѣтствующаго національному его духу. Это воззрѣніе ложно, такъ какъ съ измѣненіемъ общественныхъ идеаловъ можетъ измѣниться и самая форма общественнаго развитія. Доказательствомъ тому можетъ служить вліяніе одного народа на жизнь другого. Если идеалы являются руководящею силою въ общественной жизни, то должно признать, что они могутъ быть созданы не только на основаніи собственнаго опыта, но и на основаніи того, что мы видимъ въ исторіи другихъ народовъ. Изучая строй другого народа, его политическое развитіе, члены даннаго общества могутъ усвоить политическіе идеалы этого народа. Такимъ образомъ сношеніе между народами можетъ служить однимъ изъ элементовъ, опредѣляющихъ общественныя отношенія.

§ 38. Психическая природа человѣка.

Троицкій. Нѣмецкая психологія въ текущемъ столѣтіи. 1867. *Ribot.* La psychologie anglaise contemporaine. 1875. *Гербертъ Спенсеръ.* Основанія психологіи. 1876.

Разъ основаніемъ всѣхъ особенностей явленій общественности мы признаемъ духовный характеръ связи, соединяющей людей въ общество, для насъ получаетъ большое значеніе то или другое пониманіе психической природы человѣка и условій его духовнаго развитія.

Мы, конечно, не можемъ здѣсь вдаваться въ подробный анализъ психологическихъ теорій. Это отвлекло бы насъ слишкомъ далеко отъ нашего ближайшаго предмета. Но для выясненія природы общества и соотношенія, какое существуетъ между обществомъ и индивидуальною личностью, необходимо, по крайней мѣрѣ, опредѣлить общимъ образомъ по этому вопросу точку зрѣнія, установляемую современной психологической теоріей.

До послѣдняго времени психологія знала только два крайнихъ направленія, одинаково несостоятельныхъ въ своей односторонности, интуитивизмъ и сенсуализмъ. Одни признавали существованіе въ нашемъ духѣ врожденныхъ идей, такъ что каждый отдѣльный индивидъ мыслился ими надѣленнымъ независимо отъ опыта уже опредѣленнымъ духовнымъ складомъ, повторяющимся неизмѣнно въ каждомъ предста-

вителѣ человѣческаго рода. Сенсуалисты, напротивъ, полагали человѣка являющимся въ міръ съ душою, лишенною всякаго опредѣленнаго содержанія, представляющею своего рода tabula rasa, которую опытъ жизни уже наполняетъ тѣмъ или другимъ содержаніемъ. При такомъ взглядѣ каждый индивидъ есть нѣчто вполнѣ обособленное отъ другихъ, начинающее съ абсолютнаго начала и всѣмъ обязанное своему личному, и притомъ внѣшнему, опыту. Но за то, съ другой стороны, человѣкъ являлся безусловно зависимымъ отъ внѣшняго на него воздѣйствія, лишеннымъ всякой самостоятельности, всякой самодѣятельности. Для сенсуалиста человѣкъ былъ не болѣе, какъ искусно сдѣланнымъ автоматомъ.

Несмотря на все различіе исходныхъ точекъ этихъ психологическихъ теорій, онѣ представляютъ два общихъ недостатка. Во-первыхъ, обѣ онѣ одинаково чужды идеѣ психическаго развитія. Во-вторыхъ, обѣ онѣ не способны дать естественнаго объясненія относительной самостоятельности и самодѣятельности личности.

Идея психическаго развитія вообще явилась весьма недавно. Конечно, издавна не могъ не признаваться фактъ передачи отъ поколѣнія къ поколѣнію извѣстнаго, накопленнаго опытомъ, запаса знаній. Но этимъ все и ограничивалось. Преемственнымъ считалось только знаніе, чувства и воля считались непередаваемыми отъ поколѣнія къ поколѣнію. И во всякомъ случаѣ, самый духъ нашъ считался неизмѣннымъ. Его представляли себѣ однимъ и тѣмъ же на всѣхъ стадіяхъ исторіи человѣчества. Для интуитивиста человѣкъ, во всѣ эпохи своего существованія на землѣ, являлся съ однимъ и тѣмъ же, никогда немѣняющимся запасомъ врожденныхъ идей. Для сенсуалиста—съ точно также неизмѣнной безсодержательностью духа. Такимъ образомъ, психическое развитіе ограничивалось узкими рамками отдѣльной индивидуальной жизни. Между чередующимися поколѣніями не признавалось въ этомъ отношеніи никакой преемственности.

Рука объ руку съ этимъ отрицаніемъ преемственнаго психическаго развитія идетъ и невозможность для интуитивистовъ и для сенсуалистовъ естественнаго объясненія относительной самостоятельности человѣческой личности по отношенію къ внѣшней средѣ. Для сенсуалиста человѣкъ былъ машиной, автоматически реагирующей на внѣшнія воздѣйствія. Устраните всякое внѣшнее на нее воздѣйствіе и она останется недвижимой, такъ какъ лишена безусловно всякой самостоятельной активности. Интуитивисты, правда, признавали за человѣкомъ самодѣятельность, но они не могли объяснить ее иначе, какъ выдѣливъ человѣка изъ естественной совокупности явленій, связанныхъ между собой причинною связью, и приписывая ему свободную, не подчиняющуюся никакому опредѣленному закону, волю.

Современная опытная психологія, какъ она развилась главнымъ образомъ въ Англіи, одинаково опровергаетъ обѣ указанныя теоріи, признавая ихъ слишкомъ односторонними. Она не признаетъ существованія врожденныхъ идей въ томъ безусловномъ смыслѣ, какъ это понимали интуитивисты. Но она точно также не раздѣляетъ и сенсуалистическаго ученія, будто вся наша психическая жизнь можетъ быть вполнѣ объяснена изъ личнаго, и притомъ только внѣшняго опыта. Современная психологія занимаетъ среднее положеніе между двумя этими крайними взглядами. Она признаетъ, что вся наша психическая жизнь можетъ быть объяснена изъ опыта, но не изъ одного лишь внѣшняго опыта, а также и изъ внутренняго, не изъ одного только личнаго индивидуальнаго опыта, но и изъ коллективнаго опыта цѣлаго человѣчества. Поэтому духовная жизнь уже не признается простымъ результатомъ внѣшняго воздѣйствія на человѣка окружающей его среды. Получаемое имъ изъ внѣшняго опыта дополняется и модифицируется данными опытами внутренняго. Поэтому идеи наши, будучи по отношенію къ цѣлому человѣчеству опытнаго происхожденія, по отношенію къ отдѣльнымъ личностямъ могутъ быть и врожденными, унаслѣдованными нами отъ предковъ. При такой точкѣ зрѣнія устраняются оба указанные нами недостатка прежнихъ воззрѣній. Человѣкъ не представляется уже автоматомъ, только отвѣчающимъ на внѣшнее воздѣйствіе. Движенія его души могутъ возбуждаться и данными внутренняго опыта. Совершающіеся въ нашемъ тѣлѣ физіологическіе и патологическіе процессы и общее состояніе организма, порождающее въ насъ чувство бодрости или недомоганія, свѣжести или утомленія, могутъ вызывать дѣятельность духа, независимо отъ всякаго непосредственнаго внѣшняго воздѣйствія. Если къ этому присоединить дѣйствіе унаслѣдованныхъ нами отъ предковъ чувствъ, склонностей, вкусовъ, то относительная самостоятельность человѣка найдетъ въ себѣ вполнѣ естественное объясненіе и намъ не будетъ никакой надобности прибѣгать къ противоположенію человѣческихъ дѣйствій всѣмъ другимъ явленіямъ, не къ чему будетъ признавать его волю свободной.

Точно также устраняется современной психологической теоріей и игнорированіе преемственнаго психическаго развитія. Если идеи и чувства наши представляются продуктомъ вѣкового опыта цѣлаго человѣчества, отдѣльныя личности и поколѣнія связываются между собою преемственною связью. Психическая жизнь каждаго отдѣльнаго поколѣнія есть лишь посредствующее звено, соединяющее жизнь прошлыхъ поколѣній съ жизнью будущихъ. Преемственная связь психическаго развитія чередующихся поколѣній обусловлена психической наслѣдственностью, которая при такомъ воззрѣніи получаетъ весьма важное значеніе.

Законъ наслѣдственности имѣетъ важное значеніе для соціальныхъ наукъ, потому что онъ является основною связью между отдѣльными индивидами и цѣлымъ человѣческимъ родомъ или данною національностью. Такъ что, признавая законъ наслѣдственности, мы можемъ разсматривать всѣ способности и наклонности физическія и психическія не какъ продуктъ индивидуальной жизни, а какъ продуктъ коллективной жизни людей.

Такимъ образомъ, современная психологическая теорія признаетъ преемственную связь въ психическомъ развитіи чередующихся поколѣній и отдѣльную личность человѣка признаетъ въ самой значительной степени продуктомъ исторической жизни общества. Отсюда само собой вытекаетъ, что духовный характеръ связи, соединяющей людей въ общество, не лишаетъ вовсе общественное развитіе характера преемственности, постоянства и закономѣрности. Человѣческія идеи, являющіяся отличительнымъ факторомъ общественной жизни, сами плодъ такого же преемственнаго закономѣрнаго развитія, сами развиваются параллельно съ общественнымъ бытомъ.

Однако такому признанію преемственности и закономѣрности психическаго развитія людей нерѣдко противопоставляютъ ученіе о свободѣ человѣческой воли, въ смыслѣ неподчиненія нашей воли никакому опредѣленному закону, въ частности и закону причинной связи. Ученіе о свободѣ воли играло такую видную роль въ исторіи философскихъ теорій объ обществѣ и правѣ, оказало на нихъ такое глубокое вліяніе, что необходимо остановиться нѣсколько внимательнѣе на его анализѣ.

§ 39. Свобода воли.

Schopengauer, Ueber die Freiheit des menschlichen Willens (въ его Die beide Grund-probleme der Ethik. 2 Aufl. 1860). *Fouillée.* La liberté et le déterminisme. *Rinding,* Die Normen und ihre Uebertretung. B. II, § 22. *Hertz,* Das Unrecht. 1880 § 11.

Опредѣленному рѣшенію вопроса о свободѣ воли больше всего препятствуетъ весьма обыкновенное смѣшеніе подъ этимъ именемъ нѣсколькихъ существенно различныхъ вопросовъ. Поэтому, для возможности получить опредѣленное рѣшеніе, необходимо, прежде всего, позаботиться о правильной постановкѣ вопроса.

Свобода воли противополагается понятію закономѣрности: что же мы должны разумѣть подъ законами? Подъ закономъ въ научномъ смыслѣ, какъ мы уже знаемъ, разумѣются не чьи-либо велѣнія, какъ производящія причины извѣстныхъ явленій, а лишь подмѣченное людьми *однообразіе явленій.* Признавая законъ не чѣмъ инымъ, какъ подмѣченнымъ однообразіемъ явленій, а вовсе не силою или причиною, производящею явленія, мы

можемъ избѣгнуть и въ вопросѣ о свободѣ воли вреднаго смѣшенія понятій. Въ самомъ дѣлѣ, если законъ есть сила, есть причина явленій, то вопросъ о свободѣ воли какъ силѣ, дѣйствующей на ряду съ закономъ, сведется къ вопросу о томъ: *можетъ ли и воля быть причиной явленій?* Воля только тогда можетъ быть причиной явленій, если не всѣ явленія подчиняются дѣйствію закона, т. е., съ точки зрѣнія этого ошибочнаго представленія о законѣ, не всѣ имѣютъ законъ своей причиной. При такомъ взглядѣ на законъ, признаніе того, что воля можетъ быть причиной явленій, равносильно выдѣленію явленій, ею производимыхъ, изъ сферы дѣйствія закона и признаніе ее свободной. Такая постановка вопроса о свободѣ воли при правильномъ пониманіи закона въ научномъ смыслѣ, какъ формулы, выражающей однообразный порядокъ явленій, является, напротивъ, логическою несообразностью. Если законъ не есть вовсе причина явленій, и признаніе воли причиною явленій не ведетъ къ выдѣленію ея изъ сферы дѣйствія закона. При признаніи, что законъ есть только формула, выражающая однообразный ходъ явленій, вопросъ о свободѣ ставится совершенно иначе. Внѣшній опытъ не представляетъ намъ такихъ явленій, которыя бы могли быть разсматриваемы какъ абсолютныя начала послѣдующихъ явленій. Внѣшнія явленія представляютъ намъ непрерывный рядъ причинъ и слѣдствій, такъ что мы не имѣемъ такихъ явленій, которыя бы, будучи причиною послѣдующихъ явленій, не были бы и сами результатомъ предыдущихъ. Такимъ образомъ, нѣтъ такихъ абсолютныхъ началъ, которыя бы обусловливали послѣдующія явленія, не будучи обусловлены предыдущими. Всякое явленіе мы должны разсматривать, какъ одно изъ звеньевъ непрерывной цѣпи причинъ и слѣдствій. Всѣ явленія представляютъ намъ однообразіе въ томъ отношеніи, что каждое изъ нихъ является причиною послѣдующихъ и результатомъ предыдущихъ и ни одно изъ нихъ не является абсолютнымъ началомъ другихъ явленій. Это свойство явленія и называется закономъ причинности или принципомъ причинности. Относительно внѣшняго опыта нѣтъ никакого сомнѣнія въ существованіи этого закона: внѣшній опытъ даетъ намъ только результаты, а не абсолютныя начала; не даетъ такихъ фактовъ, которыми бы самопроизвольно начинался новый самостоятельный рядъ явленій. Весь вопросъ о свободѣ воли сводится къ тому, не представляетъ ли нашъ внутренній опытъ, въ противоположность внѣшнему, чего-нибудь другого, не свидѣтельствуетъ ли нашъ внутренній опытъ, что акты воли, наши желанія представляютъ собою абсолютныя начала, которыя являются причиной послѣдующихъ явленій, т. е. нашихъ дѣйствій и ихъ послѣдствій, не являясь въ то же время результатомъ предыдущихъ явленій? Если акты воли не имѣютъ причины, а сами являются абсолютными началами, съ которыхъ начинается самостоятельный рядъ явленій, то тогда можно было бы сказать,

что наша воля не подчинена закону причинности, что, являясь причиной другихъ явленій, она сама не имѣетъ причины, т. е., что она свободна, если же, напротивъ, акты нашей воли являются результатами предыдущихъ впечатлѣній, желаній, побужденій, характера, то тогда воля не свободна, а подчинена общему закону причинности. Слѣдовательно, весь вопросъ о свободѣ воли сводится къ тому, подчинены ли акты нашей воли закону причинности или нѣтъ? Вопросъ здѣсь состоитъ не въ томъ, служитъ ли воля причиною явленій или нѣтъ, а въ томъ, имѣетъ ли она сама причину? Къ сожалѣнію, большинство изслѣдователей смѣшиваютъ эти два вопроса, служитъ ли воля причиною явленій и имѣетъ ли она сама причину, между тѣмъ, какъ вопросы эти не имѣютъ ничего общаго между собой. Никто, даже самый рьяный защитникъ свободы воли, не признаетъ свободной воли у сумасшедшаго, между тѣмъ, несомнѣнно, что и воля сумасшедшаго можетъ быть причиной явленій. Съ помощью такой ясной и опредѣленной постановки вопроса, мы можемъ избѣжать двухъ наиболѣе обиходныхъ заблужденій, а именно: 1) того, будто бы фатализмъ тождественъ съ отрицаніемъ свободы воли, и 2) того, будто можно подыскать такую формулу, которая явилась бы примиреніемъ свободы съ причинностью.

Фатализмъ имѣетъ въ виду лишь вопросъ о томъ, есть ли воля причина явленій, и отвѣчаетъ на него отрицательно, вовсе не затрогивая вопроса о томъ, имѣетъ ли она сама причину. Фатализмъ признаетъ, что всякое явленіе предопредѣлено свыше, такъ что въ силу фатума, тяготѣющаго надъ людьми, всякое событіе совершается съ роковой необходимостью, совершенно независимо отъ воли людей и ихъ дѣйствій. Какъ бы человѣкъ ни старался избѣгнуть извѣстнаго событія, оно всетаки наступаетъ съ роковой необходимостью, если относительно этого было предопредѣленіе. Старается ли человѣкъ избѣгнуть смерти или нѣтъ, она всетаки наступаетъ, будучи предопредѣлена, и не наступаетъ, если не предопредѣлена, какъ бы человѣкъ ни искалъ смерти. Слѣдовательно, ученіе фаталистовъ сводится къ тому, что внѣшнія событія не зависятъ отъ воли и дѣйствій людей и что вообще явленія вызываются не другъ другомъ, а какою-то силою, извнѣ ими управляющею. Человѣкъ не властенъ располагать внѣшними событіями, не можетъ измѣнять ихъ, что бы онъ для этого ни дѣлалъ. Это воззрѣніе покоится на признаніи какой-то силы, стоящей внѣ цѣпи явленій, оно отрицаетъ причинную связь между явленіями и привноситъ понятіе о чудѣ.

Этотъ фаталистическій взглядъ, являющійся, повторяю, отрицаніемъ не свободы воли, а самаго закона причинной связи явленій, нерѣдко, какъ это ни странно, раздѣляется тѣми изъ поборниковъ всеобщей силы закона причинности, которые въ своихъ аргументахъ опираются на данныя статистики.

Статистика указываетъ намъ, что извѣстныя произвольныя дѣянія людей, при данныхъ общественныхъ условіяхъ, повторяются ежегодно съ неизмѣннымъ однообразіемъ. Число убійствъ, самоубійствъ, браковъ и т. п. повторяется ежегодно съ столь незначительнымъ колебаніемъ, что это колебаніе меньше, чѣмъ колебаніе въ числѣ случаевъ смерти и рожденія. Это доказываетъ, какъ говорятъ фаталисты, что произвольныя дѣйствія людей подчиняются въ такой же степени однообразію, какъ и случаи непроизвольные (смерть, рожденіе и т. п.). При ложномъ воззрѣніи на законъ и при непониманіи, въ чемъ состоитъ вопросъ о свободѣ воли, дѣло иногда представляется такимъ образомъ, будто статистика даетъ намъ выводы, доказывающіе существованіе закона, требующаго, чтобы извѣстное число преступленій, самоубійствъ и т. д. непремѣнно было совершено просто потому, что существуетъ такой законъ. Однако, въ дѣйствительности, статистика не оправдываетъ такихъ выводовъ. Если законъ есть подмѣченное однообразіе явленій, то онъ не есть причина этихъ явленій. Поэтому нельзя сказать, что ежегодно повторяется приблизительно одинаковое количество самоубійствъ потому, что существуетъ такой статистическій законъ. Напротивъ, однообразіе здѣсь замѣчается потому, что условія, побуждающія къ самоубійству, остаются одинаковыми; при измѣненіи же этихъ условій измѣняется и число самоубійствъ. Слѣдовательно, статистика не доказываетъ, что законъ является причиною самоубійствъ, она только указываетъ на то, что ежегодно повторяющееся опредѣленное число самоубійствъ опредѣляется извѣстными постоянными причинами. Если бы самоубійство опредѣлялось абсолютною свободою воли, то такого однообразія нельзя было бы получить. Но при этомъ всегда должно помнить, что однообразіе есть продуктъ цѣлаго ряда силъ, производящихъ общественныя явленія. Дѣйствительно, нельзя себѣ представить, чтобы статистическіе законы выражали собою извѣстнаго рода велѣнія, не зависимыя отъ людей и принуждающія ихъ совершать убійства, самоубійства, вступать въ бракъ и т. п., что уклоненія отъ этого велѣнія нужно приписать индивидуальной волѣ, противящейся данному статистическому закону. Нельзя олицетворять статистическіе законы. Они не суть сила, которую можно олицетворять и представлять себѣ какъ бы въ борьбѣ съ индивидуальною волею.

Выясненіе существеннаго различія между фатализмомъ и признаніемъ воли, подчиненной общему закону причинности, значительно облегчаетъ рѣшеніе интересующаго насъ вопроса. Разъ отрицаніе свободы воли не ведетъ необходимымъ образомъ къ принятію фаталистическаго ученія, исчезаетъ главный, основной мотивъ, склоняющій къ признанію воли свободной. Признаніе воли несвободной не ведетъ въ такомъ случаѣ ни къ какимъ страшнымъ выводамъ и вопросъ можетъ быть сведенъ на почву объективной, научной аргументаціи.

Другое весьма распространенное заблужденіе, коренящееся подобно только что разсмотрѣнному въ логической ошибкѣ, есть убѣжденіе, будто можно найти среднее рѣшеніе вопроса, будто можно и должно признать волю какъ-то полусвободной. Стремленіе найти такое среднее рѣшеніе стоитъ въ ближайшей связи съ смѣшеніемъ фатализма и отрицанія свободы воли. Примирительныхъ теорій держатся обыкновенно тѣ, кто сознаетъ возможность отстаивать свободу воли, но, боясь прійти къ фатализму, не рѣшается прямо и безусловно ее отвергнуть. Несостоятельность средняго рѣшенія вопроса, если оно будетъ выражено въ простой и несложной формѣ, очевидна сама собой. Невозможно, чтобы воля была вмѣстѣ и свободна и несвободна. Но сторонники примирительныхъ теорій не ставятъ вопроса въ такой ясной формѣ. Ихъ разсужденія представляютъ дѣло въ значительно осложненномъ видѣ, а потому и требуютъ болѣе внимательнаго анализа. Я остановлюсь здѣсь на трехъ наиболѣе остроумныхъ попыткахъ построить такого рода примирительныя теоріи.

Первая изъ нихъ принадлежитъ Фулье. Фулье старается показать, что, даже исходя изъ предположенія, что воля несвободна, рядомъ послѣдовательныхъ разсужденій, неизбѣжно приходимъ къ допущенію нѣкоторой доли свободы. Положимъ, говоритъ онъ, что воля несвободна, что всѣ ея движенія необходимымъ образомъ опредѣляются присущими намъ чувствами и идеями. Если такъ, то мы должны допустить, что и идея свободы воли, будучи усвоена нами, дѣлается также опредѣляющимъ стимуломъ нашей воли. И дѣйствительно, мы можемъ наблюдать, что люди, убѣжденные въ свободѣ воли, руководясь этой идеей, поступаютъ приблизительно такъ, какъ будто они и въ самомъ дѣлѣ были свободны. Чѣмъ сильнѣе въ человѣкѣ это убѣжденіе, чѣмъ болѣе онъ пріучается руководиться имъ и только имъ въ своихъ поступкахъ, тѣмъ поведеніе его все болѣе и болѣе приближается къ такому образу дѣйствій, какой долженъ бы быть у человѣка и дѣйствительно реально свободнаго. Поэтому, если человѣкъ и несвободенъ, то всетаки онъ, руководясь въ своихъ дѣйствіяхъ идеей свободы, можетъ поступать какъ свободный, приближаясь все болѣе и болѣе къ идеалу свободы. Этотъ идеалъ неосуществимъ для человѣка вполнѣ, но приближаться къ нему онъ можетъ безпредѣльно.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что человѣкъ, руководясь ложнымъ представленіемъ о свободѣ воли, можетъ во многихъ случаяхъ поступать такъ, какъ будто онъ и въ самомъ дѣлѣ былъ свободенъ. Идея свободы можетъ при благопріятныхъ къ тому условіяхъ сдѣлаться господствующимъ мотивомъ всей его дѣятельности. Изъ желанія себѣ и другимъ доказать свободу своей воли, онъ можетъ подавлять самыя естественныя возбужденія своей природы. Но какъ бы ни насиловалъ человѣкъ

свою природу, увлекаясь идеей свободы, онъ не станетъ отъ того ни на грошъ свободнѣе. Онъ станетъ только рабомъ, слѣпымъ и жалкимъ, одной идеи, одного влеченія. Такой человѣкъ все равно, что маніакъ, воображающій себя испанскимъ королемъ. Утвержать, подобно Фулье, что увѣренность въ свободѣ уже дѣлаетъ человѣка свободнымъ, это все равно, какъ если сказать, что такой маніакъ можетъ стать немножко испанскимъ королемъ.

Большую глубину представляетъ аргументація Рида. Причинной связью, по его мнѣнію, невозможно объяснить всѣхъ явленій воли. Если бы воля не имѣла ни доли свободы, то въ тѣхъ случаяхъ, когда на нее дѣйствуютъ два совершенно равносильныхъ, но противоположныхъ другъ другу мотива, мы бы не могли придти ни къ какому рѣшенію. Если бы, напримѣръ, испытывая жажду, мы находились предъ двумя совершенно одинаковыми стаканами воды, мы должны бы были испытывать совершенно одинаковое влеченіе къ каждому изъ нихъ и послѣдовали бы примѣру буриданова осла, умершаго съ голоду между двухъ стоговъ сѣна. Въ дѣйствительности, однако, мы не испытываемъ такой печальной судьбы и дѣлаемъ выборъ даже между абсолютно тождественными предметами. Въ этой-то способности выбора при совершенномъ равенствѣ противоположныхъ мотивовъ и заключается наша свобода. Когда одинъ изъ мотивовъ сильнѣе, мы не властны ему противиться, не властны подчиниться слабѣйшему. Но при равенствѣ мотивовъ мы можемъ выбрать тотъ или другой.

Какъ видите, Ридъ весьма суживаетъ рамки нашей свободы. Случаи полной равносильности противоположныхъ влеченій довольно рѣдки и потому допущеніе такой ограниченной свободы не имѣло бы большого практическаго значенія. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ человѣкъ оказался бы дѣйствующимъ несвободно. Тѣмъ не менѣе и ученіе Рида не можетъ быть принято. Во-первыхъ, нельзя сказать, что при равенствѣ мотивовъ человѣкъ всетаки всегда способенъ былъ сдѣлать опредѣленный выборъ. Случаи колебанія, нерѣшительности нерѣдки. Нерѣдко человѣкъ, какъ невѣста въ гоголевской „Женитьбѣ", рѣшительно не можетъ сдѣлать выбора. Очень часто мы страдаемъ отъ своей собственной нерѣшительности. Во-вторыхъ, и тѣ случаи, когда человѣкъ при полномъ равенствѣ мотивовъ всетаки дѣлаетъ выборъ, могутъ быть легко объяснены и безъ помощи предположенія о существованіи свободы воли. Дѣло объясняется очень просто закономъ ассоціаціи идей. Если человѣкъ разъ уже испыталъ вредныя послѣдствія нерѣшительности, то всякій разъ, когда онъ вновь испытываетъ состояніе нерѣшительности, у него неуклоннымъ образомъ возникаетъ представленіе о могущемъ произойти вредѣ, и онъ рѣшается на первое, что попадется подъ руку.

Въ послѣднее время сдѣлалось весьма популярнымъ, между прочимъ и въ нашей литературѣ, такое воззрѣніе, что человѣкъ подчиняется въ своихъ дѣйствіяхъ закону причинности, но не такъ, какъ явленія внѣшней природы. Особенность человѣческихъ дѣйствій видятъ въ томъ, что они опредѣляются не одними внѣшними предыдущими, но и внутренними. Поведеніе человѣка опредѣляется не одними извнѣ имъ испытываемыми впечатлѣніями, но и его душевнымъ состояніемъ и его характеромъ. Это, конечно, такъ. Но то же самое можно сказать и относительно, напр., паденія камня, которое точно также опредѣляется не однимъ только движеніемъ бросающей руки, но и свойствами камня: если бы бросили не камень, а пухъ, онъ не упалъ бы, а разлетѣлся. И тутъ, слѣдовательно, явленіе опредѣляется и внѣшними и внутренними, по отношенію къ камню, предыдущими. Конечно, свойство человѣка сложнѣе, но уже это вопросъ лишь степени. Кромѣ того, въ этомъ воззрѣніи очевидно смѣшиваются два существенно различныхъ вопроса. Подъ свободой воли нельзя разумѣть только независимость отъ внѣшнихъ воздѣйствій. Спиноза, напр., слѣдуя Декарту, утверждалъ, что матерія абсолютно не можетъ воздѣйствовать на духъ, и тѣмъ не менѣе отрицалъ свободу воли. Поэтому, если бы даже дѣйствія наши опредѣлялись исключительно внутренними предыдущими, отсюда еще нельзя бы было заключить, что воля наша свободна. Если внутреннія предыдущія ее опредѣляютъ съ необходимостью, она всетаки несвободна.

Итакъ, всѣ попытки дать примирительное рѣшеніе вопроса оказываются несостоятельными. Приходится ставить вопросъ категорически: воля или свободна, или нѣтъ: нельзя считать ее какъ то полусвободной.

При такой постановкѣ вопросъ чрезвычайно упрощается и рѣшеніе его не допускаетъ никакихъ сомнѣній. Признаніе полной абсолютной свободы воли такъ рѣзко противорѣчитъ самымъ общеизвѣстнымъ фактамъ, что она вовсе не находитъ себѣ теперь сколько-нибудь выдающихся защитниковъ. Сгруппируемъ вкратцѣ тѣ основанія, которыя говорятъ противъ возможности допустить существованіе свободы воли.

Прежде всего законъ причинной связи есть совершенно общій, незнающій никакихъ исключеній, распространяющій свою силу на всѣ явленія міра. Поэтому, только положительныя и серьезныя основанія могутъ насъ побудить къ предположенію, что именно воля, и она лишь одна, не подчиняется этому закону. Мы увидимъ ниже, что такихъ основаній не существуетъ. Затѣмъ, извѣстно, что общая экономія міровыхъ явленій основывается на законѣ сохраненія силы. Свобода воли несовмѣстима съ этимъ закономъ. Свободное движеніе воли есть движеніе, неопредѣляющееся своими предыдущими, а слѣдовательно, и не зависящее

отъ потраченной на нее энергіи. Къ этому нельзя не присоединить еще и то соображеніе, что свободная воля есть логическая несообразность. Каждая вещь для того, чтобы существовать, должна существовать какимъ-либо опредѣленнымъ образомъ: это необходимое условіе ея тождества съ самой собой. Но свободная воля есть нѣчто не существующее никакимъ опредѣленнымъ образомъ, т. е. очевидный non sens. Обращаясь къ условіямъ человѣческой жизни, мы видимъ, что зависимость духовной жизни отъ организма—фактъ, теперь уже безспорный и признаваемый всѣми, даже и метафизиками, напр., Гартманомъ. Но если психическія явленія зависятъ отъ совершающихся въ организмѣ процессовъ, подчиненныхъ закону причинной связи, то какъ могутъ сами они не подчиняться закону причинности? Мало того, ученіе о свободѣ воли мыслимо только при предположеніи существованія въ нашемъ духѣ нѣсколькихъ самостоятельныхъ силъ, что представляется совершенно устарѣлой психологической теоріей.

Обращаясь отъ этихъ общихъ соображеній къ даннымъ наблюденія, находимъ, что онѣ точно также говорятъ противъ допустимости существованія свободы воли. Намъ заурядъ приходится сознавать себя не властными надъ собою. Человѣкъ, привыкшій анализировать свои поступки, можетъ во многихъ случаяхъ напередъ сказать, что можетъ и чего не можетъ онъ сдѣлать при данныхъ условіяхъ. Когда мы недовольны собой, когда мы хотимъ въ чемъ-либо измѣниться, исправиться, мы дѣйствуемъ всегда такъ, что въ основу своего поведенія кладемъ предположеніе о несвободѣ нашей воли. Мы удаляемся отъ тѣхъ, кто имѣетъ на насъ дурное вліяніе, ищемъ дѣла, которое бы отвлекло насъ отъ старыхъ привычекъ и вкусовъ, мѣняемъ свою обстановку, удаляемся въ новую мѣстность; чтеніемъ книгъ, бесѣдами съ людьми стараемся настроить себя на новый ладъ и т. п. Все это совершенно несовмѣстимо съ предположеніемъ свободы воли. Если воля свободна, то съ какими бы людьми мы ни сходились, какія бы книги ни читали, на какой бы ладъ ни настраивали своихъ мыслей, въ какой бы обстановкѣ ни находились, все это не можетъ ни къ чему повести, такъ какъ свободная воля ничѣмъ не опредѣляется. Такимъ образомъ, уже самонаблюденіе заставляетъ признать волю несвободной.

То же самое, но еще съ большей силой, доказываетъ наблюденіе поведенія другихъ. Всѣ отношенія наши къ другимъ людямъ основаны на томъ предположеніи, что ихъ воля несвободна. Мы подмѣчаемъ ихъ характеръ, изучаемъ, какъ дѣйствуютъ на нихъ тѣ или другіе мотивы, и, руководясь полученными этимъ путемъ данными, устраиваемъ свои къ нимъ отношенія. Будь воля свободна, никакія прочныя отношенія между людьми не были бы возможны. Мы бы не знали тогда, чего ждать отъ людей, не могли бы никакъ на нихъ воздѣйствовать. На томъ же

предположеніи несвободной воли основано все искусство воспитанія. Если бы воля ребенка ничѣмъ не опредѣлялась, его бы нельзя было воспитывать.

Однако, и самонаблюденіе и наблюденіе другихъ отдѣльныхъ лицъ не представляется строго объективнымъ наблюденіемъ. Во всемъ этомъ слишкомъ много простора субъективному отношенію. Потому большую цѣну имѣютъ въ данномъ вопросѣ статистическія данныя, показывающія, что самыя, казалось бы, произвольныя дѣйствія людей совершаются изъ году въ годъ съ замѣчательнымъ постоянствомъ въ числѣ, и слѣдовательно доказывающія, что и эти, яко бы произвольныя, дѣйствія такъ же закономѣрны, какъ и все въ мірѣ. Убѣдительность этого статистическаго аргумента нерѣдко стараются поколебать тѣмъ соображеніемъ, что постоянство статистическихъ цифръ, относящихся къ большему числу случаевъ, объясняется просто закономъ среднихъ чиселъ и потому не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія вопроса о свободѣ воли. Но такому возраженію едва ли можно придавать серьезное значеніе. Нѣтъ сомнѣнія, что постоянство статистическихъ цифръ объясняется закономъ среднихъ чиселъ. Но самая примѣнимость къ дѣйствіямъ человѣка этого закона уже доказываетъ ихъ закономѣрность. Дѣло въ томъ, что законъ среднихъ чиселъ самъ уже предполагаетъ общую закономѣрность явленій. Если естествоиспытатель, по возможности, увеличиваетъ число опытовъ для того, чтобы устранить вліяніе индивидуальныхъ особенностей подвергаемыхъ опыту животныхъ на получаемыя имъ цифры, то такой пріемъ необходимымъ образомъ предполагаетъ, что и эти индивидуальныя особенности закономѣрны, что и онѣ обусловливаются постоянно дѣйствующимъ закономъ. Тамъ, гдѣ вмѣшался бы какой-нибудь не закономѣрный дѣятель, гдѣ замѣшалось бы, напр., чудо, тамъ законъ среднихъ чиселъ былъ бы неприложимъ. Вліяніе сверхъестественной силы нельзя устранить увеличеніемъ числа наблюденій именно потому, что сверхъестественныя силы не предполагаются дѣйствующими по какому-либо неизмѣнному закону. Но то же самое должно сказать и относительно воли, если она свободна. Свобода воли неизбѣжно должна бы была сдѣлать законъ среднихъ чиселъ неприложимымъ къ человѣческимъ дѣйствіямъ.

Противъ всѣхъ перечисленныхъ аргументовъ защитники свободы имѣютъ въ запасѣ лишь одинъ серьезный доводъ. Они ссылаются на то, что мы нерѣдко сознаемъ себя свободными. Самый фактъ безспоренъ. Дѣйствительно, сознавая себя въ однихъ случаяхъ не свободными, въ другихъ мы знаемъ себя свободными. Нерѣдко при колебаніи между различными влеченіями мы дѣлаемъ выборъ безъ всякаго сознательнаго къ тому мотива и отсюда заключаемъ, что мы дѣйствовали въ данномъ случаѣ, ничѣмъ не опредѣляясь, свободно. Весь вопросъ въ томъ, можно

ли объяснить такіе случаи какъ либо иначе, не прибѣгая къ ученію о свободѣ воли! Если искать, какъ обыкновенно дѣлаютъ, объясненія нашихъ поступковъ исключительно въ сознаваемыхъ нами мотивахъ, то другое объясненіе невозможно. Но внимательное изученіе явленій психической жизни показало, что въ нихъ вообще играютъ весьма важную роль на ряду съ сознательными и безсознательные элементы, и этимъ дается само собой объясненіе подобныхъ явленій. Если мы не сознаемъ никакого мотива, возбуждающаго насъ къ совершаемому дѣйствію, это не значитъ, чтобы воля въ данномъ случаѣ ничѣмъ не мотивировалась. Это значитъ только, что опредѣлившій ее мотивъ есть мотивъ несознательный.

Такимъ образомъ, эта единственная опора ученія о свободѣ воли отнюдь не можетъ быть признана неотразимымъ аргументомъ, который одинъ могъ бы перетянуть всѣ вышеизложенныя доказательства несостоятельности этого ученія.

§ 40. Общество и личность.

Признаніе существеннаго различія общества и организма не ведетъ насъ къ выдѣленію явленій общественности изъ подчиненія общему дѣйствію закона причинной связи. Особенность общества заключается въ психической его природѣ. Но разъ духовныя явленія вообще и въ частности явленія воли мы признаемъ подчиненными закону причинной связи, духовная природа общества не можетъ служить основаніемъ тому, чтобы не считать явленій общественности закономѣрными. Всѣ факторы, которыми опредѣляется жизнь общества, закономѣрны, всѣ они подчинены закону причинной связи. Потому и производимыя ими явленія общественности также должны быть по необходимости закономѣрны.

Но если такъ, если и духовныя явленія и явленія общественности опредѣляются закономъ причинной связи, возможно ли противополагать обществу—индивида, личность [1]), можно ли говорить объ ея самостоятельности? Вопросъ этотъ естественно распадается на два отдѣльныхъ вопроса: можно ли, съ точки зрѣнія современной психологической теоріи,

---

[1]) Со времени Цицерона индивидъ обозначало какъ переводъ аристотелевскаго ἀδιαίρετος, недѣлимое. Но уже у Боеція намѣчается пониманіе индивидуальнаго, какъ своеобразнаго, особеннаго. Commentar. ad Porphyr. (edit. Basil. 1570, p. 65). Individum antem pluribus dicitur modis. Diciturindividuum quod omnino secari non potest ut unitas vel mens; dicitur individuum quod obsoliditatem dividi nequit, ut adamas; dicitur individuume cujus praedicatis in reliqua similia non convenit ut Socrates.

Это значеніе индивидуальнаго, какъ своеобразнаго, установляется съ Лейбница.

объяснить личное самосознаніе, сознаніе личности, противополагаемой всему остальному міру? Можно ли, затѣмъ, личности сохранить самостоятельность въ отношеніи къ обществу?

Законъ ассоціаціи, служащій основой всей современной психологической теоріи, даетъ ключъ и къ объясненію личнаго самосознанія. Въ силу этого закона, каждое, извнѣ получаемое нами впечатлѣніе сопровождается рядомъ оживающихъ въ нашей памяти впечатлѣній. Эти впечатлѣнія не такъ живы, не такъ ясны, они не обусловлены внѣшней обстановкой, они остаются тѣми же, хотя бы внѣшнія условія измѣнялись, по нашей волѣ мы можемъ ихъ усиливать и ослаблять, вызывать и устранять; они не внѣ, а внутри насъ, мы всюду носимъ ихъ съ собою; они соединяютъ наше настоящее съ прошедшимъ, они связываютъ всѣ отдѣльные моменты нашего существованія въ одно непрерывное цѣлое. Такимъ образомъ, мы приходимъ къ сознанію нашего *я* и къ противоположенію его внѣшнему міру.

Такимъ образомъ, отрицаніе свободы воли вовсе не дѣлаетъ невозможнымъ объяснить противоположеніе себя всему остальному міру, сознаніе себя личностью. Но намъ могутъ замѣтить, что противоположеніе себя остальному міру еще не тождественно съ сознаніемъ себя личностью, что антитеза я—не—я еще не исчерпываетъ содержанія понятія личности. Такая антитеза, скажутъ, даетъ лишь чисто отрицательное понятіе личности. Между тѣмъ, установившееся пониманіе личности содержитъ въ себѣ и положительные моменты и прежде всего моментъ *самоцѣльности*. Мы представляемъ себѣ личность не только какъ существо, противополагающее себя всему остальному міру, но и какъ самоцѣльное существо, являющееся всегда само для себя цѣлью и никогда—лишь средствомъ для чего-либо внѣ ея. Отрицая же свободу личной воли, не отрицаемъ ли мы вмѣстѣ съ тѣмъ и самоцѣльность личности? Не выдѣляя личности изъ ряда явленій, неразрывно связанныхъ между собою какъ причины и слѣдствія, не низводимъ ли мы личность къ положенію полной подчиненности, гдѣ она перестаетъ существовать сама для себя и существуетъ лишь какъ средство для послѣдующихъ звеньевъ цѣпи?

Признаніе или непризнаніе личности самоцѣльной зависитъ вовсе не отъ того, свободна воля или нѣтъ. Рѣшеніе вопроса о самоцѣльности личности обусловлено исключительно тѣмъ, какой принципъ кладемъ мы въ объясненія явленій: принципъ *причины* или принципъ *цѣли*. Если мы разъ допустимъ существованіе объективной цѣли, вызвавшей существованіе міра и опредѣляющей ходъ міробытія, все въ мірѣ, а слѣдовательно и личность, неизбѣжно низводится на степень средства. Если міръ существуетъ для какой-то цѣли, весь онъ и все въ немъ есть только средство. Существованіе въ мірѣ хотя бы одного явленія, не относящагося къ этой цѣли какъ средство, дѣлало бы телеологическое объясне-

ніе міра несостоятельнымъ. Вопросъ же о свободѣ воли тутъ не причемъ: при телеологическомъ міровоззрѣніи даже и надѣленная свободной волей личность всетаки будетъ только средствомъ для той цѣли, для которой существуетъ и весь міръ.

Напротивъ, объясненіе міробытія принципомъ причины, отвергающее существованіе объективныхъ цѣлей міра, само собой устраняетъ и признаніе міра, и всего, что въ него входитъ, средствомъ. Гдѣ нѣтъ цѣли, не можетъ быть и рѣчи о средствахъ, гдѣ все объясняется причинной связью, все есть продуктъ или причина. Каузальное объясненіе міра допускаетъ существованіе только субъективныхъ цѣлей. Эти субъективныя цѣли суть только наши представленія, они существуютъ только въ нашемъ сознаніи, а не внѣ насъ. Внѣ нашего сознанія объективно никакихъ цѣлей нѣтъ; внѣ нашего сознанія объективно существуютъ только причины и слѣдствія. При такомъ воззрѣніи, понятно, нельзя признать личность средствомъ для внѣ ея лежащей цѣли по той простой причинѣ, что самое существованіе такихъ, внѣ сознанія личности лежащихъ, цѣлей при каузальномъ объясненіи міра не можетъ быть допущено.

Какія бы цѣли и своего собственнаго бытія и бытія вселенной ни представляла себѣ личность, все это цѣли, существующія только въ ней, въ ея сознаніи, ею себѣ ставимыя, а не извнѣ налагаемыя. При такомъ взглядѣ на дѣло *объективно* личность не есть ни цѣль, ни средство; *субъективно* же она является сама себѣ цѣлью въ томъ смыслѣ, что всякая составляемая ею цѣль есть продуктъ ея сознанія, ея психической жизни.

Сознаніе личности, воспринимая представляющійся ему рядъ единичныхъ явленій, стремится создать изъ нихъ по возможности полное и стройное представленіе о мірѣ. Сухой остовъ строго научнаго знанія дополняется и скрашивается фантазіей, оживляется чувствомъ, и вотъ, смотря по различію духовныхъ силъ той или другой личности, въ ея сознаніи возникаетъ живое, стройное, согрѣтое вѣрой въ разумную цѣль, представленіе о мірѣ. И каждая личность создаетъ себѣ свой особый міръ, съ ней вмѣстѣ и гибнущій. Но пока личность живетъ сознательно, она живетъ въ этомъ мірѣ. Все внѣшнее получаетъ для нея то или другое значеніе, воздѣйствуетъ на нее такъ или иначе, смотря по тому, къ какому мѣсту пріурочено оно въ этомъ самою личностью созданномъ для себя мірѣ, и въ этомъ мірѣ она и есть сама верховная цѣль.

Но и этимъ еще не исчерпывается вопросъ о личной самостоятельности. Намъ могутъ сказать, что при признаніи воли несвободной, личность хотя бы и не являлась средствомъ для внѣ ея лежащихъ цѣлей, но за то она ничего не вноситъ въ міръ своего, новаго, ея самостоятельность стирается, она теряется въ безконечной цѣпи причинъ и слѣдствій. Если всякое движеніе воли также необходимо опредѣляется при-

чинами, какъ и все совершающееся во внѣшней природѣ, то чѣмъ же личность отличается отъ любой вещи?

Я, конечно, не стану отстаивать самостоятельности личности въ смыслѣ ея независимости отъ тѣхъ условій, при которыхъ она существуетъ. Принципъ причинной связи непримиримъ съ такою независимостью. Нельзя сказать, чтобы личность могла вносить въ міръ что-либо абсолютно новое: это противорѣчило бы принципу сохраненія силы. Рѣчь можетъ идти лишь объ относительной самостоятельности. Различіе можетъ быть только въ степени. Какъ живыя существа представляютъ относительно большую самостоятельность сравнительно съ частями мертвой матеріи, такъ надѣленная самознаніемъ личность сравнительно съ другими живыми существами.

Обращаясь затѣмъ ко второму вопросу—объ отношеніи личности къ обществу,—мы видимъ, что механическая и органическая теоріи приводятъ въ послѣдовательномъ своемъ развитіи къ двумъ крайнимъ взглядамъ на отношеніе личности къ обществу. Механическая теорія совершенно подчиняетъ общество личности; органическая, наоборотъ, личность обществу. Для механической теоріи общество—искусственное произведеніе личности, служащее ея цѣлямъ, но на нее не вліяющее. Личность съ этой точки зрѣнія не есть продуктъ общества. Органическая теорія, напротивъ, считаетъ личность подчиненною частью общественнаго организма, всецѣло имъ опредѣляющеюся, являющеюся его произведеніемъ, служащею его цѣлямъ.

Психическая теорія общества одинаково далека отъ той и другой крайности. Она признаетъ вліяніе общества на личность, она признаетъ даже личность въ значительнѣйшей степени продуктомъ общества. Но вмѣстѣ съ тѣмъ она не ставитъ личности въ положеніе безусловно подчиненной части того или другого отдѣльнаго общества, она не низводитъ ея до значенія простого средства для осуществленія общественныхъ цѣлей. Личность сохраняетъ по этой теоріи свою самобытность, свою самостоятельность, свои особыя цѣли, не сливающіяся съ общественными и не подчиняемыя имъ.

Дѣло въ томъ, что общество, являясь психическимъ единеніемъ людей, допускаетъ въ силу этого принадлежность человѣка одновременно ко многимъ разнообразнымъ общеніямъ. Личность поэтому хотя и есть продуктъ общества, но не одного какого-нибудь, а совмѣстно многихъ обществъ. Вліянію каждаго изъ этихъ обществъ личность противопоставляетъ свою зависимость отъ ряда другихъ обществъ и въ этой одновременной зависимости отъ нѣсколькихъ обществъ она нерѣдко находитъ противовѣсъ исключительному вліянію на нее каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Ни государство, ни церковь, ни національность, ни данный общественный классъ, ни община, ни семья не могутъ всецѣло под-

чинить себѣ личности именно потому, что къ такому подчиненію стремятся всѣ они совмѣстно. Точно также хотя личность и есть продуктъ общества, но она никогда не является простымъ отраженіемъ того, чѣмъ живетъ и руководится данное отдѣльное общество. Каждая личность—продуктъ совмѣстнаго вліянія нѣсколькихъ обществъ, и въ отношеніи почти каждой является своя особая комбинація такихъ общественныхъ вліяній. Поэтому каждая личность представляетъ въ обществѣ особое самостоятельное начало, никогда не прилаженное вполнѣ къ складу даннаго общества, никогда не гармонирующее съ нимъ въ унисонъ. Личность, какъ особое, самостоятельное начало, всегда оказываетъ въ отношеніи къ данному общественному порядку нѣкоторое треніе, стремится всегда нѣсколько его измѣнить и въ силу этого служитъ источникомъ жизни и является прогрессивнымъ факторомъ общественной жизни.

Механическая теорія общества видитъ въ развитіи общественныхъ формъ лишь проявленіе воли отдѣльныхъ личностей, не опредѣляемое и не ограничиваемое никакимъ объективнымъ началомъ. Общественный прогрессъ зависитъ съ этой точки зрѣнія отъ личнаго произвола правящихъ. Для органической теоріи общественное развитіе представляется, напротивъ, строго объективнымъ, органическимъ процессомъ, влекущимъ отдѣльныя личности помимо ихъ воли и сознанія къ тому, чтобы онѣ образовывали тѣ или другія общественныя формаціи сообразно началамъ дифференціаціи и интеграціи.

Съ нашей точки зрѣнія, общественное развитіе представляетъ равнодѣйствующую разнообразныхъ сознательныхъ стремленій отдѣльныхъ личностей (активный элементъ), испытывающихъ, такъ сказать, треніе объ исторически установившійся общественный строй (инертное начало, придающій общественному развитію характеръ послѣдовательности и исторической преемственности.

Объективный общественный порядокъ слагается подъ вліяніемъ не однихъ только стремленій отдѣльныхъ личностей, но и объективныхъ факторовъ, не зависящихъ отъ человѣческой воли и постоянно дѣйствующихъ. Поэтому наше пониманіе соотношенія личности и общества не допускаетъ принятія того предположенія, чтобы общество съ теченіемъ времени становилось произведеніемъ человѣческаго искусства или получало договорный характеръ.

§ 41. Право, какъ общественный порядокъ.

Коркуновъ. Общественное значеніе права. 1892 г.

Существованіе и въ особенности развитіе всякаго сложнаго цѣлаго предполагаетъ сохраненіе неприкосновенными его частей. Это одинаково справедливо и въ отношеніи къ аггрегатамъ органическимъ и къ аггре-

гатамъ неорганическимъ. Если бы дѣйствіе какой-нибудь одной части механизма разрушало другія части, механизмъ не могъ бы долго работать. Если бы одинъ какой-либо органъ въ живомъ тѣлѣ, работая и развиваясь на счетъ другихъ, лишалъ бы ихъ питанія, нормальное развитіе цѣлаго организма стало бы невозможнымъ.

Это правило не можетъ не примѣняться и къ явленіямъ общественности. И тутъ точно также жизнь и развитіе цѣлаго обусловлено сохраненіемъ и развитіемъ всѣхъ тѣхъ факторовъ, которые составляютъ общественную жизнь. Одностороннее развитіе какого-нибудь одного фактора общественной жизни, губительно отзывающееся на содѣйствіи другихъ факторовъ, не можетъ не отозваться самымъ вреднымъ образомъ и на цѣломъ обществѣ.

Тамъ, гдѣ соединеніе различныхъ элементовъ въ одно сложное цѣлое механическое, связь между ними матеріальная, тамъ, конечно, механическими же приспособленіями достигается и координація функціонированія различныхъ элементовъ. Но въ обществѣ, основывающемся на психическомъ единствѣ, и координація дѣятельности различныхъ элементовъ достигается инымъ путемъ. Факторомъ, установляющимъ такую координацію, въ обществѣ является не что иное, какъ *право*. Что право исполняетъ такую функцію въ обществѣ, что оно опредѣляетъ и устанавляетъ общественный порядокъ—это признаютъ всѣ. Но относительно того, каковъ этотъ порядокъ, что онъ опредѣляетъ, существуютъ довольно различныя воззрѣнія.

Когда общество представляется не болѣе какъ простымъ, механическимъ аггрегатомъ извѣстнаго числа отдѣльныхъ личностей, когда не личность считается продуктомъ общественной жизни, а само общество продуктомъ произвольнаго соглашенія личностей, словомъ, когда принимается механическое воззрѣніе на общество, тогда естественно единственнымъ дѣятельнымъ факторомъ общественной жизни признается индивидъ и его сознательная воля. Поэтому и общественный порядокъ при такомъ механическомъ воззрѣніи на общество не можетъ заключаться ни въ чемъ иномъ, какъ въ опредѣленномъ разграниченіи сферы свободнаго проявленія отдѣльныхъ индивидуальныхъ воль. Отмежевываемая при этомъ каждому индивиду сфера свободнаго проявленія его воли, сфера, въ которой господствуетъ безраздѣльно его воля, и признавалась его правомъ въ субъективномъ смыслѣ. А право объективное составляютъ нормы, опредѣляющія разграниченіе индивидуальныхъ воль.

Поэтому съ точки зрѣнія механической теоріи общества право есть нѣчто противопоставляемое личностью обществу, нѣчто такое, что личность, вступая въ общество, приноситъ съ собою уже готовымъ и охраняетъ за собою противъ общественной власти.

Послѣдовательное развитіе органическаго воззрѣнія приводитъ, на-

противъ, къ признанію права порядкомъ, которому общество подчиняетъ составляющихъ его личностей. Субъективныя права не противополагаются съ этой точки зрѣнія общественному авторитету, а, напротивъ, само общество надѣляетъ ими личность. Право, слѣдовательно, творится самимъ обществомъ и притомъ не въ интересахъ отдѣльныхъ личностей, а исключительно въ интересахъ цѣлаго.

Признавая психическую природу человѣческаго общества, нельзя принять ни тотъ, ни другой изъ этихъ одностороннихъ взглядовъ.

Нельзя право признать чѣмъ-то односторонне налагаемымъ обществомъ на отдѣльныя личности. Нельзя въ правѣ видѣть порядокъ, которому бы общество подчиняло совершенно пассивно относящихся къ нему личностей. Основой всего права въ концѣ концовъ является всетаки индивидуальное сознаніе. Въ немъ зарождаются первоначально представленія о возможныхъ способахъ разграниченія сталкивающихся интересовъ, слѣдовательно, объ юридическихъ нормахъ. Только мало-по-малу первоначально совершенно субъективное индивидуальное правосознаніе перенимается другими, распространяется все въ болѣе и болѣе широкомъ кругѣ и, облекаясь, наконецъ, въ форму обычая, судебной практики, закона, становится объективнымъ факторомъ общественной жизни. Точно также въ субъективномъ сознаніи отдѣльными людьми обязательности такъ или иначе сложившагося въ обществѣ права заключается и послѣднее основаніе силы и дѣйствія права. Право дѣйствуетъ, подчиняетъ себѣ дѣятельность отдѣльныхъ личностей не потому, чтобы само по себѣ было объективно существующимъ порядкомъ общественной жизни. Дѣйствительный ходъ жизни общества никогда не совпадаетъ вполнѣ съ дѣйствующимъ въ немъ правомъ. Съ строго объективной точки зрѣнія, какъ простое обобщеніе реальныхъ явленій, общественный порядокъ представился бы пестрою смѣсью права и правонарушеній. Значеніе и сила права лишь въ томъ, что оно сознается отдѣльными личностями, какъ должный порядокъ общественныхъ отношеній. Поэтому право выражаетъ собою не объективно данное подчиненіе личности обществу, а субъективное представленіе самой личности о должномъ порядкѣ общественныхъ отношеній.

Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы право было одностороннимъ продуктомъ личной сознательной воли.

Образованіе представленій о должномъ порядкѣ общественныхъ отношеній не есть дѣло сознательное и произвольное. Личность невольно и безсознательно приходитъ къ сознанію своихъ идеаловъ и потому склонна видѣть въ нихъ не свое субъективное творчество, а воспроизведеніе объективно, независимо отъ нея, существующаго порядка житейскихъ отношеній. И чѣмъ ниже умственное развитіе личности, тѣмъ менѣе сознаетъ она субъективное происхожденіе своихъ идеаловъ, тѣмъ

рѣшительнѣе смѣшиваетъ она свои субъективныя понятія съ окружающею ее реальностью.

Мало того: вырабатываемыя личностью представленія не только не имѣютъ произвольнаго характера, но они не представляются даже вполнѣ индивидуальными. Безсознательный процессъ ихъ образованія опредѣляется, кромѣ субъективныхъ свойствъ личности, окружающей ее средой, да и самыя субъективныя свойства личности слагаются частью подъ вліяніемъ наслѣдственности, частью подъ вліяніемъ той обстановки, среди которой живетъ человѣкъ. Потому идеалы, вырабатываемые отдѣльными личностями, принадлежащими къ одному и тому же обществу, представляются въ общемъ одинаковыми и только въ подробностяхъ замѣчаются въ нихъ индивидуальныя различія. Особенно на первыхъ стадіяхъ общественнаго развитія ничтожны были индивидуальныя особенности: формы человѣческаго общенія не были тогда такъ многообразны, какъ въ настоящее время. Обособленное и замкнутое государственное общеніе обнимало собою тогда всѣ стороны человѣческой жизни, всѣ человѣческіе интересы. Даже религія была государственнымъ установленіемъ. При такихъ условіяхъ все развитіе отдѣльныхъ личностей, составлявшихъ государство, опредѣлялось всецѣло и исключительно одной и той же окружавшей ихъ общественной средой. Тогда вовсе не могло быть, какъ это мы постоянно видимъ въ настоящее время, принадлежности личности одновременно различнымъ общественнымъ союзамъ и притомъ такъ, чтобы граждане одного и того же государства принадлежали къ различнымъ общеніямъ, напр., къ различнымъ церквамъ, различнымъ союзамъ и т. п. При такихъ условіяхъ вырабатываемые отдѣльными личностями идеалы естественно оказывались одинаковыми у всѣхъ членовъ общества. Поэтому прежде индивидуальныхъ воззрѣній на то, каковы правильныя, справедливыя отношенія между членами общества, слагаются общія, всѣми одинаково признаваемыя нормы такихъ отношеній. Образующееся съ теченіемъ времени индивидуальное представленіе о такихъ нормахъ является уже съ характеромъ частныхъ уклоненій отъ исконнаго общаго всѣмъ правосознанія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ и общественное значеніе права не ограничивается только тѣмъ, что оно дѣлаетъ возможнымъ существованіе индивидовъ, совмѣщеніе ихъ свободы. Право является также важнымъ условіемъ общественнаго прогресса. Содержаніе общественной жизни составляетъ совокупность интересовъ отдѣльныхъ личностей, составляющихъ общество. Но интересы эти представляются крайне подвижными и измѣнчивыми, такъ что и у одной и той же личности интересы постоянно мѣняются. Въ различные моменты своей жизни и въ различныхъ условіяхъ своего положенія одинъ и тотъ же человѣкъ нерѣдко руководится прямо противоположными интересами. И въ общей сложности, и въ общемъ ходѣ

общественной жизни замѣчается то же чередованіе интересовъ. Подъ вліяніемъ разнообразныхъ условій, политическихъ, экономическихъ, религіозныхъ получаютъ въ обществѣ возобладаніе то одни, то другіе интересы, стремящіеся подчинить себѣ въ данный моментъ всѣ другіе интересы, опредѣлить собою всю общественную дѣятельность. Измѣнятся условія, подымется другая волна общественнаго настроенія и тогда вмѣстѣ съ нею выносятся на смѣну прежнимъ иные, новые интересы. При отсутствіи права, разграничивающаго сталкивающіеся между собой интересы, временное возобладаніе въ обществѣ одного какого-нибудь интереса вело бы за собой принесеніе ему въ жертву всѣхъ другихъ и тѣмъ самымъ преобладающей потребности данной минуты приносились бы въ жертву необходимыя условія нормальнаго развитія общества въ будущемъ.

Правильному развитію общественной жизни будутъ созданы весьма серьезныя препятствія, если, напримѣръ, получившему почему-нибудь въ данный моментъ особенное значеніе интересу обезпеченія внѣшняго порядка будутъ опрометчиво принесены въ жертву необходимыя условія духовнаго развитія общества, если для предупрежденія распространенія опасныхъ ученій будетъ подавлено всякое свободное проявленіе мысли. Быть можетъ внѣшній порядокъ и будетъ при такихъ условіяхъ возстановленъ скорѣе, но въ будущемъ общество долгое время будетъ ощущать вредныя послѣдствія утѣсненія духовной свободы.

Право, разграничивая разнородные интересы, составляющіе содержаніе общественной жизни, устраняетъ возможность подобнаго рода явленій. Какъ бы ни былъ тотъ или иной отдѣльный интересъ заслоненъ другими, преобладающими въ данное время, всегда найдется въ составѣ общества хотя бы незначительное меньшинство, отстаивающее этотъ временно заслоненный интересъ. И вотъ, если господство права признается въ обществѣ, если поэтому уважаются и права меньшинства, данный интересъ будетъ охраненъ за меньшинствомъ, а вмѣстѣ съ нимъ и для всего общества въ его будущемъ.

§ 42. *Форма общенія.*

Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 1855, I, s. 67 ff.

Людское общеніе можетъ принимать весьма разнообразныя формы, и главное различіе между ними заключается въ томъ, какъ онѣ возникаютъ, помимо ли воли людей, или въ силу ихъ сознательнаго соглашенія. Въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть общеніе необходимое, непроизвольное; во второмъ—произвольное. Примѣрами общеній перваго рода могутъ служить: національное общеніе, семья, государство; примѣрами второго—товарищества, акціонерныя компаніи, клубы, ученыя

общества и т. п. Это различіе въ способѣ возникновенія отражается на всемъ складѣ обществъ того или другого типа. Подчиненіе человѣка обществу, въ которое онъ вступилъ по своему желанію, не можетъ быть значительно, такъ какъ онъ можетъ всегда и выйти изъ него. Напротивъ, зависимость человѣка отъ того общества, къ которому онъ принадлежитъ помимо своей воли, по необходимости, несравненно сильнѣе.

Что касается, въ свою очередь, непроизвольныхъ общеній, то они представляютъ три различныхъ типа: они могутъ основываться или на единствѣ происхожденія (семья, племя), или на единствѣ совмѣстной жизни (община, государство), или, наконецъ, на единствѣ интересовъ (такъ называемое общество въ тѣсномъ смыслѣ слова). Конечно, извѣстная солидарность интересовъ существуетъ между членами всякаго общенія; но въ другихъ общеніяхъ является она результатомъ общенія (напр. въ семьѣ, государствѣ), а не его основаніемъ. Въ обществѣ же солидарность интересовъ есть основаніе общенія, а не результатъ.

Не трудно замѣтить, что эта классификація непроизвольныхъ общеній вполнѣ соотвѣтствуетъ различію трехъ моментовъ, которыми обусловливаются явленія общественности. Въ общеніяхъ, основанныхъ на единствѣ происхожденія, первое мѣсто занимаетъ вліяніе прошлаго; въ общеніяхъ, основанныхъ на совмѣстной жизни,—вліяніе настоящаго; въ общеніяхъ, основанныхъ на единствѣ интересовъ,—вліяніе будущаго.

Долгое время въ наукѣ признавалось существованіе общенія только двухъ первыхъ типовъ, и, главнымъ образомъ, семьи и государства. Только съ конца прошлаго столѣтія появляется убѣжденіе, что рядомъ съ государствомъ существуютъ другія сферы общенія, что люди, будучи гражданами одного государства ,могутъ быть членами разныхъ другихъ обществъ, могутъ вступать даже въ такія общенія, членами которыхъ состоятъ граждане другихъ государствъ. Впервые эту мысль высказалъ Шлетцеръ въ своемъ „Государствовѣдѣніи“, гдѣ онъ указалъ на необходимость образовать особую науку, которая бы изслѣдовала общенія, являющіяся внѣ государства, и которую онъ предполагалъ назвать (по подобію метафизики, изучающей явленія, лежащія внѣ природы) метаполитикою, какъ такую науку, которая изслѣдуетъ явленія, лежащія внѣ государственной, политической жизни. Шлетцеръ, однако, ограничился только этимъ указаніемъ. Указаніе это не имѣло практическихъ послѣдствій и въ разъясненіи этого вопроса почувствовалась необходимость только тогда, когда, въ началѣ нынѣшняго столѣтія, появилась школа, извѣстная подъ общимъ именемъ соціализма. Она обратила вниманіе на то, что одной политической реорганизаціи недостаточно, что рядомъ съ политической реорганизаціей должна идти и реорганизація общественная. Словомъ, соціалисты, рядомъ съ понятіемъ о политической революціи, выставили понятіе о другой революціи, которая имѣетъ дѣло не съ извѣст-

ною государственною формою, а съ общественнымъ бытомъ, который продолжаетъ существовать независимо отъ того или другого строя государственной жизни, и такимъ образомъ практически выдвинули вопросъ объ изученіи той сферы общенія между людьми, которая существуетъ рядомъ съ государствомъ и имѣетъ самостоятельное бытіе.

Почти одновременно съ появленіемъ соціалистическихъ ученій, одинъ изъ видныхъ представителей германской философіи, Гегель, сдѣлалъ попытку установить посредствующее звено между отдѣльнымъ индивидомъ и его семьею, съ одной стороны, и государствомъ—съ другой. Гегель представляетъ развитіе общественной жизни не по двумъ ступенямъ, а по тремъ. Семья не является у него непосредственнымъ основаніемъ государства, какъ было до сихъ поръ. Въ его ученіи семья является положеніемъ, тезисомъ, антитезисомъ котораго является не государство, а такъ называемое гражданское общество, представляющееся результатомъ распаденія семьи. Гражданское общество противополагается единству семьи и является переходною стадіей, антитезисомъ, къ слѣдующему моменту—синтезису, къ государству, воплощающему въ себѣ единство семьи и рознь гражданскаго общества. Однако, Гегель хотя и призналъ, что изученіе общества не можетъ идти прежнимъ традиціоннымъ порядкомъ, въ рамкахъ изученія семьи и государства, но не далъ опредѣленной выработки новому изученію о гражданскомъ обществѣ и не установилъ самостоятельнаго понятія о гражданскомъ обществѣ. Дѣйствительно по общему діалектическому характеру гегелевской философіи, всѣ формы у него являются текущими, переходящими. Всѣ явленія представляются переходными моментами отъ тезиса къ синтезису, а сообразно тому и гражданское общество принимаетъ у него характеръ антитезиса, вся функція котораго заключается въ процессѣ общественнаго развитія только въ томъ, чтобы противопоставить единству семьи рознь другой формы общенія и этимъ путемъ перейти къ высшей формѣ общенія, къ государству. Такимъ образомъ ученіе о гражданскомъ обществѣ не имѣетъ у Гегеля самостоятельнаго значенія, являясь только переходнымъ моментомъ въ развитіи общественной жизни, которая должна завершиться развитіемъ государства.

Подъ вліяніемъ Гегеля, а еще больше подъ вліяніемъ ученія соціалистовъ, Лоренцъ Штейнъ въ своемъ критическомъ изслѣдованіи ученія соціалистовъ и коммунистовъ „Исторія соціальныхъ движеній во Франціи“ также старался выставить свое понятіе объ обществѣ. Слѣдуя примѣру Гегеля въ діалектическомъ развитіи, онъ ставитъ опредѣленные моменты, замѣняющіе другъ друга и выражающіеся въ развитіи общественной жизни. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ ближе подходитъ къ внутреннему содержанію гражданскаго общества. Изслѣдуя ученіе соціалистовъ, онъ долженъ былъ поставить вопросъ: что такое общество, что такое та

соціальная реформа, революція, о которой говорятъ соціалисты. Нужно сказать, что условія государственной жизни, вызвавшія ученіе соціалистовъ, были именно таковы, что они должны были обратить главнымъ образомъ вниманіе на экономическую жизнь. Революція, сломившая абсолютизмъ королей, дала большую свободу, такъ называемому, третьему сословію, буржуазіи, капиталистамъ; но затѣмъ большая часть населенія, составляющая такъ называемый четвертый классъ, оставлена была внѣ вліянія этой политической реформы. Для четвертаго класса наиболѣе важнымъ вопросомъ является вопросъ экономическій, такъ какъ безъ хозяйственнаго обезпеченія его существованія никакіе вопросы права для него не имѣли значенія. Съ этой точки зрѣнія и смотритъ на общество Л. Штейнъ, а именно—видитъ въ немъ сферу экономической жизни. Такимъ образомъ, слѣдуя общей методѣ Гегеля и находясь подъ непосредственнымъ вліяніемъ ученія соціалистовъ, Л. Штейнъ далъ одностороннее понятіе общества. У него также семья является представителемъ единства, а гражданское общество представителемъ розни, вызванной экономическою жизнью, между тѣмъ какъ функція государства состоитъ въ томъ, чтобы возстановить единство, нарушенное борьбою экономическихъ интересовъ.

Однако, на такомъ одностороннемъ пониманіи ученія объ обществѣ нельзя было остановиться. Дѣйствительно, скоро замѣтили, что хотя система развитія общества у Гегеля и Л. Штейна представляется стройною и законченною, но въ ней замѣчаются и крупные недочеты, такъ какъ она оставляетъ въ сторонѣ многія формы общенія, не подходящія подъ общую тріаду, а между тѣмъ не могущія быть разсматриваемыми въ современной жизни, какъ составная часть государства. Вопросъ о самостоятельной формѣ общенія практически возникъ еще раньше по отношенію къ религіозной формѣ общенія. Религіозныя догмы служатъ основаніемъ обширнаго самостоятельнаго соединенія людей и притомъ такого, которое не совпадаетъ ни съ границами, ни съ цѣлями государства. Но въ средніе вѣка, когда церковь сама получила правительственныя функціи, самостоятельность религіознаго общенія не была наглядною и церковь получила политическую окраску. То же самое нужно сказать и относительно протестантскихъ религіозныхъ общинъ. Протестантская церковь была государственнымъ учрежденіемъ, такъ что органы правительства были высшими органами церковной власти. Но по мѣрѣ развитія началъ религіозной свободы, по мѣрѣ того, какъ церковь отдѣлялась отъ государства, система отождествленія церкви съ государствомъ падала, фактъ самостоятельнаго существованія религіознаго общенія не могъ не обратить на себя вниманія. Легко было замѣтить, что церковь не имѣетъ экономической подкладки, что она стоитъ рядомъ съ государствомъ, не составляя его составной части, потому что одна и та же церковь обни-

маетъ собой нѣсколько государствъ, и притомъ въ формѣ такихъ типовъ общественной организаціи, по отношенію къ которымъ государство не можетъ быть разсматриваемо ни какъ часть, ни какъ цѣлое. Въ виду этого, въ германской литературѣ явились попытки дать болѣе широкое развитіе ученію объ обществѣ и притомъ съ двоякой точки зрѣнія. Такъ, съ одной стороны, представители органической школы примѣнили къ ученію объ обществѣ органическое воззрѣніе. Изслѣдуя различныя стороны индивидуальной жизни, они думали, что отдѣльныя формы общенія должны соотвѣтствовать особеннымъ потребностямъ человѣческой природы и, соотвѣтственно этому, долженъ появиться цѣлый рядъ общеній, изъ которыхъ каждое удовлетворяло бы особеннымъ потребностямъ человѣка. Такъ, школа удовлетворяетъ воспитательной потребности, экономическое общеніе осуществляетъ хозяйственныя цѣли, церковь—религіозныя, государство служитъ цѣлямъ права и т. п. Такимъ образомъ, представители органической школы пришли къ признанію цѣлаго ряда общеній, изъ которыхъ каждое является самостоятельнымъ органомъ, удовлетворяющимъ извѣстнымъ потребностямъ. Таково ученіе Аренса.

Однако, и на такомъ воззрѣніи нельзя было остановиться. Дѣйствительно, Р. Моль въ своей интересной статьѣ „О наукахъ общественныхъ и государственныхъ“, главный предметъ которой составляетъ изслѣдованіе природы общества и помѣщенной въ 1-мъ томѣ его Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, сдѣлалъ то вѣское возраженіе по отношенію къ воззрѣнію Аренса, что у него является множественность различныхъ общеній (школа, церковь, различныя экономическія общенія и т. п.), но нѣтъ общаго понятія общества въ отличіе отъ государства. Дѣйствительно, если мы возьмемъ церковь и тѣ общественныя единицы, которыя возникаютъ въ силу экономической жизни, то увидимъ между ними существенное сходство. Церковныя общества возникаютъ въ силу единства интересовъ, въ силу того, что опредѣленная группа людей исповѣдуетъ одни и тѣ же религіозные догматы, ощущаетъ потребность въ однихъ и тѣхъ же религіозныхъ требахъ и обрядахъ, въ силу чего она и составляетъ единое общеніе. То же самое мы замѣчаемъ и въ тѣхъ группахъ, которыя зарождаются на почвѣ экономической жизни: классы рабочихъ, купцовъ, землевладѣльцевъ, земледѣльцевъ, банкировъ имѣютъ въ своемъ основаніи общій интересъ, подобно тому, какъ имѣетъ его и церковь. Различіе между этими группами и церковью заключается только въ содержаніи основанія: въ экономическихъ группахъ основаніемъ является общій экономическій интересъ, а въ церковныхъ общеніяхъ—общій религіозный интересъ, но въ томъ и другомъ случаѣ основаніемъ общенія является единство интересовъ.

Продолжая свои наблюденія и изучая различныя формы общенія между людьми, Р. Моль замѣтилъ, что такихъ различныхъ родовъ обще-

ній много. Такъ, въ каждомъ государствѣ, кромѣ церкви и экономическихъ общеній, существуютъ еще сословныя общества, которыя представляются также группами людей, соединенныхъ однимъ общимъ интересомъ. Отдѣльныя сословія суть не что иное, какъ люди, занятые отправленіемъ одной опредѣленной функціи и потому соединенные однимъ общимъ интересомъ. Дворянство, горожане и крестьяне—вотъ три сословія, изъ которыхъ каждое соединяется особеннымъ общимъ интересомъ. Въ настоящее время сословія переходятъ въ классы, но эти классы, замѣняющіе сословія, представляются также опирающимися на единство интересовъ (общность образованія, занятій и т. п.). Если обратить вниманіе на внутренній строй современныхъ государствъ, то увидимъ, что отдѣльныя части государства (провинціи, сельскія общины и т. п.) имѣютъ также свою самостоятельную общую жизнь, имѣютъ свои самостоятельные и отличные отъ государства интересы, которые могутъ даже приходить къ столкновенію съ интересами государства. Эти общіе интересы основаны на совмѣстной жизни на опредѣленномъ ограниченномъ пространствѣ. Современное распредѣленіе государствъ не совпадаетъ съ различіемъ національностей. Тѣмъ не менѣе національное единство объединяетъ дробныя части народностей, принадлежащія разнымъ государствамъ. Такимъ образомъ Робертъ Моль путемъ наблюденія дошелъ до той мысли, что существуетъ цѣлый рядъ общественныхъ группъ, которыя имѣютъ своимъ основаніемъ общность постоянныхъ интересовъ.

Каждая общественная группа существенно отличается тѣмъ, что въ основѣ ея лежитъ единство интересовъ. Эти интересы могутъ быть согласны съ интересами государства, но могутъ съ ними и не совпадать. Такъ, мѣстности, лежащія на границахъ двухъ государствъ, могутъ имѣть общіе интересы въ установленіи и обезпеченіи санитарныхъ условій, регулированіи охоты и т. п. Точно также различныя государства могутъ имѣть общій интересъ въ регулированіи судоходства по рѣкѣ, протекающей по ихъ территоріямъ. Такимъ образомъ мѣстное общеніе, вытекающее изъ факта сожительства на одной территоріи, можетъ не совпадать съ предѣлами одного государства. Указанныя общія черты общества даютъ возможность соединить всѣ отдѣльныя группы людей въ одно общеніе, отличное отъ семьи и отъ государства. Такимъ образомъ общество, по опредѣленію Р. Моля, есть совокупность общественныхъ группъ, въ основаніи которыхъ лежитъ какой-либо общій и постоянный интересъ.

Воззрѣнія Моля на самостоятельное значеніе общества на ряду съ государствомъ въ настоящее время пользуются наибольшею популярностью. Указывая на различныя общественныя группы, основанныя на единствѣ интересовъ, Моль предлагаетъ изучать общество независимо отъ государства и въ своей статьѣ дѣлаетъ попытку указать цѣлую си-

стему общественныхъ наукъ, которыя бы стояли на ряду съ науками государственными.

Въ общемъ ученіе Моля объ обществѣ можетъ быть принято, но въ частностяхъ оно требуетъ исправленій. А именно, нельзя согласиться съ Молемъ въ томъ, чтобы національность, члены которой соединяются единствомъ происхожденія, и общины, члены которой связаны фактомъ сосѣдства, могли быть относимы къ общественнымъ группамъ, основаніе которыхъ есть единство интересовъ. Если люди одной національности или члены одной общины имѣютъ общіе интересы, то во всякомъ случаѣ общность интересовъ является тутъ не основаніемъ общенія, а его результатомъ. Національность, община существуетъ раньше, чѣмъ у лицъ, къ нимъ принадлежащихъ, является общность интересовъ. Напротивъ, церковь только и создается единствомъ исповѣданія, экономическія группы только и образуются въ силу общности экономическихъ интересовъ.

Изъ всѣхъ разнообразныхъ формъ человѣческаго общенія для насъ особенное значеніе имѣетъ государство, такъ какъ оно является главнымъ факторомъ и въ развитіи права, и въ поддержаніи его авторитета противъ правонарушеній. Поэтому мы и остановимся подробнѣе на разсмотрѣніи природы государственнаго общенія.

ГЛАВА II.

Государство.

§ 43. Понятіе государства.

Моль. Энциклопедія государственныхъ наукъ, стр. 23, 49—64. *Zachariä.* Deutsches Staats und Bundesrecht. 3 Ausg. B. I. 1886, S. 40. *Gumploviz.* Philosophisches Staatsrechts 1877. S. 15—19. *Hugo Preuss.* Gemeinde, Staat, Reich. 1889. *Коркуновъ.* Русское государственное право, т. I. 1893 г., стр. 1—36.

Среди разнообразныхъ формъ человѣческаго общенія первенствующее значеніе должно быть безспорно признано за государствомъ. Было время, когда оно охватывало собою всѣ безъ исключенія стороны человѣческой жизни, такъ что въ античномъ мірѣ человѣкъ совершенно поглощался гражданиномъ государства. Да и въ настоящее время, хотя на ряду съ государствомъ существуетъ не мало другихъ формъ общественнаго единенія людей, государство всетаки такъ или иначе распространяетъ свое вліяніе на всѣ стороны общественной жизни. Во всякомъ случаѣ исторія человѣчества творится главнымъ образомъ государственною дѣятельностью. Поэтому, изучая какое бы то ни было явленіе общественности, постоянно приходится встрѣчаться съ вопросами о формахъ

организаціи и дѣятельности государства. Долгое время, какъ мы уже говорили, ученіе о государствѣ, политика, обнимало собою все ученіе о явленіяхъ общественности.

При такихъ условіяхъ, казалось бы, давно должно бы выработаться общепризнанное опредѣленіе государства. Если тѣмъ не менѣе въ литературѣ мы встрѣчаемъ большое разнообразіе опредѣленій государства, это объясняется тѣмъ, что въ большинствѣ случаевъ опредѣленію государства ставятъ совсѣмъ не подобающую ему задачу.

Такъ, прежде всего, одни, опредѣляя государство, имѣютъ въ виду указать, какимъ государство должно бы было быть согласно ихъ воззрѣнію, т. е. превращаютъ опредѣленіе государства въ сужденіе о немъ. Такъ, напр., *Моль* опредѣляетъ государство какъ „постоянный единый организмъ такихъ учрежденій, которыя, будучи руководимы общею волею, поддерживаемы и приводимы въ дѣйствіе общею силою, имѣютъ задачей содѣйствіе достиженію дозволенныхъ цѣлей, опредѣленнаго на данной территоріи замкнутаго народа и притомъ содѣйствіе всѣмъ сферамъ жизни человѣческой, начиная отъ отдѣльной личности и оканчивая обществомъ". Но нельзя, конечно, утверждать, что всѣ существовавшія и существующія государства преслѣдовали только „*дозволенныя*" цѣли и содѣйствовали непремѣнно всѣмъ сферамъ человѣческой жизни. Еще далѣе идетъ въ этомъ отношеніи Велькеръ, опредѣляющій государство, какъ „суверенный, морально-личный, живой, свободный общественный союзъ народа, который, по общему конституціонному закону въ свободно-конституціонной организаціи народа подъ руководительствомъ конституціоннаго самостоятельнаго правительства, стремится къ правовой свободѣ и въ ея предѣлахъ къ назначенію и счастію всѣхъ своихъ членовъ". Къ этому же типу должны быть отнесены и всѣ вообще опредѣленія, которыя включаютъ въ себѣ признакъ цѣли, которой будто бы должно служить государство. Если мы имѣемъ въ виду получить общее опредѣленіе государства, которое бы указывало намъ на отличительные признаки каждаго государства, такія опредѣленія не могутъ быть пригодными.

Другіе, опредѣляя государство, ограничиваются лишь указаніемъ, какое мѣсто занимаетъ понятіе государство въ данной философской системѣ. Такъ, напримѣръ, Гегель опредѣляетъ государство, какъ „дѣйствительность конкретной свободы" [1]). Чтобы понять это опредѣленіе, надо знать, что Гегель разумѣетъ подъ дѣйствительностью, конкретностью, свободой. Опредѣленіе это имѣетъ смыслъ только въ составѣ гегелевой философской системы. Взятое отдѣльно, оно не имѣетъ ника-

---

[1]) *Hegel*. Philosophie des Rechts, Werke, B. VIII, S. 314. „Die Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit".

кого значенія. Такой же характеръ имѣетъ и опредѣленіе Шеллинга, что государство есть гармонія свободы и необходимости. Такія опредѣленія также субъективны, хотя они имѣютъ въ виду указать, не какимъ государство должно быть, а какимъ оно въ дѣйствительности есть. Они субъективны потому, что основаны на принятіи опредѣленнаго философскаго міросозерцанія, которое, никогда не представляя объективной доказательности, всегда есть дѣло лишь субъективнаго убѣжденія.

Наконецъ, очень часто стараются такъ формулировать опредѣленіе государства, чтобы имъ само собой предрѣшались всѣ важнѣйшіе, основные вопросы государствовѣдѣнія, чтобы все ученіе о государствѣ могло быть построено какъ рядъ необходимыхъ логическихъ выводовъ изъ даннаго опредѣленія. А такъ какъ многіе очень важные вопросы науки о государствѣ остаются пока спорными, то это и приводитъ къ включенію въ опредѣленіе совершенно спорныхъ признаковъ. Таковы указанія на органическую или личную природу государства, на условія его образованія, на его цѣль, на его экономическую или національную основу [1]). Само собой разумѣется, что опредѣленія, которыми думаютъ предрѣшить всѣ эти спорные вопросы, не могутъ найти себѣ сколько-нибудь общаго признанія.

Однако, въ изученіи дѣйствительныхъ историческихъ формъ человѣческаго общенія государственный характеръ отдѣльныхъ общественныхъ союзовъ рѣдко возбуждаетъ сомнѣнія. Въ большинствѣ случаевъ замѣчается полное согласіе относительно того, какіе союзы государства, и какіе—нѣтъ. А если возникаютъ иногда сомнѣнія и споры, какъ, напримѣръ, въ настоящее время относительно Финляндіи, то рѣшенія этого вопроса никто не думаетъ ставить въ зависимость отъ органической или личной природы великаго княжества, отъ его цѣли и т. п., а всѣ одинаково обращаются къ тому, можно ли или нѣтъ признать въ немъ существованіе самостоятельной власти.

И въ самомъ дѣлѣ, цѣль и происхожденіе государства, та или другая его природа, все это вопросы спорные. Но никто не сомнѣвается, что необходимую принадлежность каждаго государства составляетъ власть. Правда, государственная власть не есть единственная форма общественной власти. И церковь, и семья, и община, всякое вообще непроизвольное общеніе властвуетъ надъ своими членами. Но власть государ-

[1]) Вотъ примѣры подобныхъ опредѣленій: *Ahrens*: Der Staat ist in dem allgemeinen Gesellschaftsorganismus derjenige besondere Organismus, welcher durch das Band des Rechts und vom Mittelpunkt einer centralen Macht aus alle gesellschaftichen Kreise zu einer rechtlichen Einheit und Ordnung verknüpuft. *Bluntschli*: Der Staat ist die politisch organisirte Volksperson eines bestimmten Landes. *Schulze*: Der Staat ist die Vereinigung eines sesshaften Volkes zu einem organischen Gemeinwesen, unter einer bestimmten Verfassung, zur Verwirklichung aller Gemeinzwecke des Volkslebens, vor allem Herstellung der Rechtsordnung.

ства проявляется съ особой яркостью, даетъ себя чувствовать особенно сильно. Государство изъ всѣхъ общественныхъ союзовъ есть по преимуществу властвующій.

Такъ какъ въ древности государство охватывало собою всю общественную жизнь человѣка и всѣ другія формы общенія являлись лишь подчиненными ему, зависимыми отъ него частями, то государство тогда опредѣляли, напримѣръ, Аристотель, какъ *самодовлѣющее* общеніе, ни въ какомъ другомъ общеніи не нуждающееся, ни отъ кого другого не зависимое. Въ средніе вѣка государственный авторитетъ заслонялся и умалялся стремленіями крупнаго землевладѣнія разрѣшить государство въ договорный союзъ феодальныхъ владѣльцевъ и стремленіями римской церкви къ подчиненію себѣ всякой государственной власти. Поэтому, когда съ эпохой возрожденія государственное начало стало опять выдвигаться на первый планъ, забота объ устраненіи всякаго вліянія средневѣковыхъ преданій привела къ тому, что государственную власть признали верховной, ничѣмъ неограниченной и въ суверенитетѣ, верховенствѣ стали видѣть отличительную особенность государства. Это понятіе суверенитета выдвигаетъ прежде всего Боденъ (Six livres de la république 1583), опредѣлявшій суверенитетъ какъ безусловную, ничѣмъ неограниченную и ничѣмъ необусловленную власть, и затѣмъ еще болѣе рѣзкое выраженіе оно нашло себѣ у Гоббеза, называвшаго даже государство смертнымъ божествомъ. Выработавшееся такимъ образомъ въ XVI и XVII вв. понятіе суверенитета, какъ отличительнаго признака государства, сохранялось до семидесятыхъ годовъ настоящаго столѣтія. Но въ настоящее время болѣе внимательное изслѣдованіе условій организаціи союзныхъ государствъ и международныхъ отношеній всѣхъ вообще государствъ заставило отвергнуть понятіе суверенитета, какъ отличительнаго признака государства. Большинство (Laband, Jellinek) ограничивается тѣмъ, что признаетъ возможность существованія какъ суверенныхъ, такъ и несуверенныхъ государствъ, каковыми являются отдѣльныя государства, входящія въ составъ союзнаго государства. Но нѣкоторые идутъ еще дальше и вовсе отвергаютъ, какъ Гуго Прейсъ, понятіе суверенитета, утверждая, что въ дѣйствительности нѣтъ ни одного государства суверённаго, обладающаго безусловной, безграничной властью. Власть каждаго государства въ дѣйствительности ограничена и обусловлена извнѣ—зависимостью его отъ международнаго общенія, изнутри—отъ разнообразныхъ общеній, изъ которыхъ оно само слагается.

Съ этими доводами Гуго Прейса нельзя не согласиться. Въ слѣдующемъ параграфѣ мы покажемъ, что государственная власть основывается на сознаніи людьми ихъ зависимости отъ государства. Но сознаніе это не можетъ быть безусловнымъ, потому что люди сознаютъ себя зависимыми не отъ одного государства, а и отъ всѣхъ другихъ непроизволь-

ныхъ общеній. И если какое общеніе можетъ притязать на абсолютное надъ ними властвованіе, такъ это развѣ только церковь. Для вѣрующаго церковный авторитетъ, конечно, выше всякаго другого, такъ какъ Священное Писаніе учитъ насъ, что „должно повиноваться больше Богу, нежели человѣкамъ“ (Дѣянія, V, 29). Истинная церковь, какъ единая и вѣчная, не зависитъ, въ противоположность государству, отъ условій мѣста и времени. Наконецъ, въ ней дѣйствуетъ надо всѣмъ стоящая божественная благодать. Поэтому никакъ нельзя утверждать, что государство отличалось отъ церкви безусловностью и безграничностью власти.

Дѣйствительная отличительная особенность государства это то, что оно одно *осуществляетъ самостоятельно принудительную власть.* Всѣ другіе союзы, какъ бы они ни были самостоятельны въ другихъ отношеніяхъ, функцію принужденія осуществляютъ только по уполномочію и подъ контролемъ государства. Такъ, если церковные органы осуществляютъ иногда и принужденіе, въ каждомъ данномъ государствѣ они пользуются принудительною властію лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ это допускаетъ мѣстная государственная власть. Такъ точно и принудительная власть родителей надъ дѣтьми, мужа надъ женой поставлена въ рамки, опредѣляемыя государственнымъ законодательствомъ, и подъ контроль государственныхъ органовъ. На злоупотребленія какъ церковной, такъ и семейной власти всегда можно аппеллировать къ государственной власти. Само собою разумѣется, что также делегированной и подконтрольной представляется и власть общинъ и областей.

Такимъ образомъ государство является какъ бы монополистомъ принужденія. Государственный порядокъ тѣмъ прежде всего и отличается, что это мирный порядокъ, не допускающій частнаго насилія, самоуправства. При немъ только органы государственной власти надѣлены самостоятельнымъ правомъ принужденія. Частныя лица и другіе общественные союзы допускаются къ осуществленію принужденія лишь насколько это допускаетъ государство и подъ его контролемъ. Даже въ международныхъ отношеніяхъ дозволенной считается теперь только публичная война, т. е. только такія насилія, которыя совершаются органами государства.

Отличительнымъ признакомъ государства служитъ, какъ мы сказали, самостоятельная, принудительная власть. Но самостоятельность не предполагаетъ неограниченности или полной независимости. Поэтому, хотя отдѣльныя государства, входящія въ составъ союзнаго государства, и подчинены союзной власти, и ограничены ею въ своей компетенціи, они всетаки остаются государствами, пока въ предѣлахъ собственной компетенціи остаются самостоятельными. Ихъ самостоятельность практически выражается въ томъ, что они сами организуютъ органы для осуществленія собственной власти, внѣ всякаго воздѣйствія союзной власти на

личный ихъ составъ. Напротивъ, общины и области единаго государства, даже при самой широкой постановкѣ самоуправленія, никогда не пользуются полной свободой въ опредѣленіи личнаго состава своихъ органовъ. Центральная власть всегда сохраняетъ за собою право вліять такъ или иначе на личный составъ органовъ мѣстнаго самоуправленія, или посредствомъ прямого назначенія нѣкоторыхъ должностныхъ лицъ, или посредствомъ права утвержденія и неутвержденія лицъ, избранныхъ или посредствомъ права досрочнаго роспуска и назначенія новыхъ выборовъ, когда результатъ выборовъ оказывается несогласнымъ съ видами центральнаго правительства. Союзной же власти въ отношеніи къ отдѣльнымъ штатамъ или кантонамъ, сохраняющимъ характеръ государства, нигдѣ не предоставляется подобныхъ правъ. Нигдѣ союзная власть не назначаетъ правителей отдѣльныхъ штатовъ и кантоновъ, не утверждаетъ избранныхъ въ нихъ лицъ, не распускаетъ ихъ представительныхъ собраній. Это различіе очень существенное. Покуда центральная власть не имѣетъ права вліять на личный составъ мѣстныхъ органовъ, всѣ ограниченія ихъ власти сохраняютъ по необходимости внѣшній, формальный характеръ. Въ предѣлахъ такъ или иначе опредѣленной компетенціи они остаются самостоятельными. Внутренній характеръ, самое направленіе ихъ дѣятельности не могутъ быть напередъ опредѣлены формальными постановленіями закона. Напротивъ, налагая руку на самостоятельность личнаго состава, центральная власть получаетъ тѣмъ самымъ возможность придать дѣятельности мѣстныхъ органовъ то или иное направленіе, ту или другую окраску и, тѣмъ лишая ихъ внутренней самостоятельности, превращаетъ ихъ изъ органовъ государства въ органы мѣстнаго самоуправленія.

Надо еще оговориться, что государство предполагаетъ самостоятельное властвованіе непремѣнно надъ свободными людьми—иначе это будетъ рабовладѣніе, а не государственный союзъ, и властвованіе установившееся, признанное: отдѣльный преходящій актъ властвованія, поддерживаемый исключительно силою оружія, напр., военное занятіе непріятельской территоріи, не составляетъ еще государства.

Итакъ, сведя во едино все сказанное, можно опредѣлить государство какъ *общественный союзъ, представляющій собою самостоятельное признанное принудительное властвованіе надъ свободными людьми.*

Присвоеніе государству исключительнаго права принужденія представляется весьма важнымъ для всей общественной жизни. Прежде всего это приводитъ къ значительному сокращенію случаевъ насилія, вслѣдствіе этого къ значительной экономіи силъ. Принужденіе, осуществляемое государствомъ, по общему правилу не вызываетъ сопротивленія, потому что превосходство силы государственной власти, въ большинствѣ случаевъ, такъ очевидно, что не представляется никакихъ шансовъ успѣха борьбы съ

нею. Къ тому же государственной власти подчиняются и добровольно, по привычкѣ, и въ силу сознанія обязанности. Но еще важнѣе перемѣна въ самомъ характерѣ присужденія. Разъ государство присвоиваетъ себѣ исключительное право принужденія, оно должно осуществлять принужденіе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда безъ него обойтись нельзя, слѣдовательно не только въ своихъ собственныхъ интересахъ, но и въ чужомъ интересѣ. Иначе самоуправство неизбѣжно. А дѣйствовать въ чужомъ интересѣ совсѣмъ не то, что дѣйствовать въ личномъ интересѣ. Принужденіе, осуществляемое государствомъ по необходимости ради предупрежденія частныхъ насилій и самоуправствъ, не опредѣляется непосредственнымъ чувствомъ. Органы государства, призванные силою охранять интересы отдѣльныхъ лицъ и другихъ общественныхъ союзовъ, дѣлаютъ это только по обязанности и потому безстрастно, спокойно, обдуманно. Увѣренность въ успѣхѣ, сознаніе силы придаетъ еще больше спокойствія такой дѣятельности. И вотъ, благодаря этому, мѣры принужденія, осуществляемыя государствомъ, естественно опредѣляются уже не однимъ непосредственнымъ чувствомъ, побуждающимъ къ насилію, а болѣе общими соображеніями цѣлесообразности, права, морали. Принужденіе, такъ сказать, дисциплинируется правомъ, проникается этическими принципами. Первоначально это сказывается только въ принудительной дѣятельности, осуществляемой государствомъ въ чужомъ интересѣ. Но установляющееся такимъ образомъ рѣзкое различіе условій осуществляемаго государствомъ принужденія въ своемъ и въ чужомъ интересѣ приводитъ къ сознанію несправедливости принужденія, не подчиненнаго этическимъ требованіямъ. Это наглядно обнаруживается въ различіи, проводимомъ международной практикой и общественнымъ мнѣніемъ, между обыкновенными и политическими преступленіями. Сомнѣнія въ допустимости международной выдачи политическихъ преступниковъ основываются именно на сомнѣніи въ возможности безпристрастнаго къ нимъ отношенія со стороны потерпѣвшаго отъ нихъ государства. Усвоенный въ однихъ случаяхъ болѣе справедливый, болѣе согласный съ нравственнымъ чувствомъ образъ дѣйствія мало-помалу дѣлается общимъ, распространяется на всю принудительную дѣятельность государства, все болѣе и болѣе подчиняющуюся требованіямъ справедливости.

§ 44. *Государственная власть.*

Коркуновъ. Указъ и законъ, 1894, стр. 45—193.

Мы опредѣлили государство, какъ общественный союзъ, надѣленный самостоятельною принудительною властью, но не выяснили еще, что такое власть?

Со временъ схоластики установилось, и до сихъ поръ остается

господствующимъ пониманіе власти, какъ воли, единой, надо всѣмъ въ государствѣ господствующей воли. При этомъ одни отождествляютъ государственную власть съ волей конкретныхъ правителей; другіе же считаютъ государственную власть какою-то высшею волею, а конкретныхъ правителей только органами проявленія этой высшей воли, отличающейся отъ ихъ личной воли.

На первый взглядъ можетъ показаться болѣе согласнымъ съ фактами дѣйствительности, болѣе реалистическимъ, отожествленіе государственной власти съ волею конкретныхъ правителей. Существованіе у нихъ воли—безспорный фактъ, и гражданамъ на каждомъ шагу приходится сталкиваться съ проявленіями этой воли. Напротивъ, существованіе какой-то особой, высшей воли есть только предположеніе и при томъ довольно туманное. Эта предполагаемая высшая воля практически проявляется всетаки только въ велѣніяхъ и дѣйствіяхъ тѣхъ же правителей государства. Этимъ и объясняется, почему и до сихъ поръ находятся въ политической литературѣ защитники отожествленія государственной власти съ личной волей конкретнаго правителя. Наиболѣе виднымъ представителемъ этого направленія является въ настоящее время мюнхенскій профессоръ Максъ Зейдель.

Однако, реалистическимъ такое пониманіе государственной власти можетъ быть названо развѣ въ томъ смыслѣ, что оно не опирается ни на какія произвольныя метафизическія предположенія. Существованіе конкретныхъ правителей государства и ихъ воли, безспорно, совершенно реальный фактъ, но однимъ этимъ фактомъ невозможно объяснить явленій государственнаго властвованія.

Подчиненіе государственной власти не можетъ быть объяснено только личнымъ могуществомъ правителя. Политическая исторія заурядъ представляетъ примѣры того, какъ тысячи подчиняются велѣніямъ одной, иногда совершенно ничтожной личности, лишь въ силу того, что личность эта признается почему-либо представителемъ государственной власти. И наоборотъ, выдающимся политическимъ дѣятелямъ приходится прикрываться, для обезпеченія подчиненія себѣ толпы, именемъ такого лица, лишеннаго всякаго дѣйствительнаго значенія и силы, но признаваемаго представителемъ государственной власти. Вмѣстѣ съ тѣмъ, подчиненіе конкретнымъ правителямъ никогда не бываетъ безусловнымъ. Имъ повинуются лишь настолько, насколько видятъ въ нихъ представителей чего-то стоящаго выше ихъ личной воли. Разъ по общему сознанію дѣятельность правителей получаетъ характеръ личнаго произвола, подчиненіе имъ ослабѣваетъ и дѣлается неизбѣжнымъ революціонный переворотъ.

Все это приводитъ къ убѣжденію, что подчиненіе государственной власти обусловлено чѣмъ-то такимъ, что не зависитъ отъ личныхъ ка-

чествъ и личной воли отдѣльныхъ правителей, и господствующее въ политической литературѣ направленіе признаетъ правителей лишь органами, лишь выразителями какой-то высшей воли, которой ихъ личная воля должна подчиняться. Въ средніе вѣка этой высшей волей, проявляющейся въ дѣйствіяхъ правителя, признавалась божественная воля. Политическія теоріи новаго времени замѣнили религіозную основу ученіемъ объ общественномъ договорѣ. Государственная власть объяснялась ими, какъ общая воля гражданъ, договорившихся образовать государство и подчиняться на опредѣленныхъ условіяхъ такъ или иначе устроенному правительству. Согласно этой теоріи, правительство властвуетъ лишь настолько, насколько осуществляетъ своими велѣніями выразившуюся въ общественномъ договорѣ общую волю. Съ начала настоящаго столѣтія договорная теорія происхожденія государствъ замѣняется иными. Государство уже не считаютъ болѣе произвольнымъ установленіемъ людей, а объективно необходимой формой человѣческаго общенія, необходимымъ закономѣрнымъ продуктомъ историческаго процесса. И сообразно съ этимъ въ объясненіи государственной власти коллективная воля конкретныхъ личностей, замѣнившая собою божественную волю, замѣнилась въ свой чередъ абстрактною волею самого государства, какъ особой, самостоятельной личности. Рѣшительное большинство современныхъ государствовѣдовъ такъ и объясняютъ государственную власть, какъ волю самого государства, въ отношеніи къ которому правительство является лишь его органомъ.

Такое объясненіе нельзя, однако, признать удовлетворительнымъ научнымъ объясненіемъ. Прежде всего государство можетъ быть признано личностью, надѣленной особой волей, лишь въ смыслѣ юридической фикціи. Чтобы быть реальной личностью, государству недостаетъ необходимаго условія каждой личности—единства самосознанія. Но фикціи могутъ служить только средствомъ разобраться въ сложныхъ явленіяхъ дѣйствительности, сводя ихъ въ нашемъ мышленіи къ простой и удобно обозрѣваемой схемѣ; дать дѣйствительное объясненіе явленій фикція не можетъ.

Затѣмъ власть есть именно то, что объединяетъ государство въ одно цѣлое. У каждаго государства своя особая власть и тамъ, гдѣ мы замѣчаемъ нѣсколько властей, мы признаемъ и существованіе не одного, а нѣсколькихъ государствъ. Поэтому, если власть—воля, она должна быть единою волей. Между тѣмъ всѣхъ проявленій государственнаго властвованія невозможно объяснить, какъ проявленія все одной и той же воли. Въ исторической дѣятельности жизнь государства представляетъ не проявленіе надо всѣмъ господствующей единой воли, а борьбу многихъ противоположныхъ воль. И юридическая организація государствъ строится большею частью на сочетаніи дѣйствія нѣсколькихъ самостоятель-

ныхъ, другъ отъ друга независимыхъ воль, какъ это мы видимъ въ особенности въ конституціонныхъ монархіяхъ, въ основѣ организаціи которыхъ лежитъ именно взаимодѣйствіе воли монарха и воли, выражаемой народнымъ представительствомъ. И притомъ это не обусловлено только фактической множественностью воль, вліяющихъ на ходъ государственной жизни, которыя бы конституціи государствъ всегда бы стремились свести къ единству, соединить въ одну волю. Напротивъ, очень часто конституціи сами нарочно, такъ сказать, дробятъ волю учрежденій, призванныхъ осуществлять функціи государственной власти. Очевидно, единство воли не представляется тутъ желательной цѣлью, а, наоборотъ, зломъ, которое заботятся устранить. Такое значеніе имѣютъ, напр., раздвоеніе народнаго представительства на двѣ палаты, установленіе различнаго порядка для обсужденія палатами обыкновенныхъ и конституціонныхъ законовъ и т. п. Если бы государственная власть была единой волей, задачей всей государственной организаціи должно бы тогда быть обезпеченіе господства этой единой воли, и было бы совершенно невозможно существованіе раздѣленія властей и самоуправленія, предполагающихъ именно, что отдѣльныя функціи власти осуществляются обособленно и независимо другъ отъ друга.

Но что имѣетъ еще больше значенія для опроверженія волевой теоріи власти, явленія государственнаго властвованія не могутъ быть объяснены всѣ, не только какъ проявленія единой воли, но и вообще какъ проявленія воли. Моментъ воли всего ярче проявляется въ законодательствѣ. Собственно законодатель повелѣваетъ, судья—судитъ, администраторъ—дѣйствуетъ. Поэтому, если бы власть была волей, основной и необходимой ея функціей должно бы быть законодательство. Между тѣмъ на первичныхъ стадіяхъ своего развитія государства живутъ обычнымъ правомъ и потому обходятся вовсе безъ законодательства; напротивъ, безъ суда и исполнительной власти государство никогда не обходится. Затѣмъ, велѣніямъ органовъ власти подчиняются не одни граждане, но точно также иностранцы, разъ они находятся на территоріи государства. Власть же государства надъ его собственными гражданами выражается не въ томъ только, что они пассивно подчиняются велѣніямъ органовъ правительства, а въ томъ также, что они сознаютъ себя обязанными активно относиться къ потребностямъ государства. Граждане, въ отличіе отъ случайно попадающихъ въ него иностранцевъ, даютъ государству гораздо больше простого пассивнаго исполненія велѣній. Они сами идутъ на встрѣчу запросамъ государственной жизни; активно и по собственной инициативѣ поддерживаютъ благосостояніе и могущество государства, содѣйствуютъ его развитію. Гражданинъ выполняетъ свой долгъ подчиненія власти государства не только, когда исполняетъ велѣнія правительства, но точно также, если еще не больше, и тогда, когда

стремится разъяснить дѣйствительныя нужды государства, или предупредить ошибки и злоупотребленія правителей. Если бы подчиненіе гражданъ государству свелось къ одному только исполненію обращенныхъ къ нимъ велѣній, государство не могло бы существовать—оно бы неизбѣжно распалось. Авторитетъ велѣній органовъ власти основывается, конечно, не на внѣшней, физической силѣ. Органы власти всегда составляютъ меньшинство. Долженствующихъ повиноваться всегда больше, чѣмъ повелѣвающихъ. Авторитетъ велѣній власти основывается всегда въ концѣ-концовъ на признаніи ихъ обязательности со стороны общества. Каждый отдѣльный гражданинъ вынужденъ подчиняться велѣніямъ органовъ власти не потому только, что повелѣвающій отъ него этого требуетъ, но и потому, что все общество признаетъ для него эти велѣнія обязательными. Но такое признаніе необходимости исполненія каждымъ обращенныхъ къ нему велѣній и обусловленное имъ нравственное понужденіе другихъ къ подчиненію не есть уже исполненіе велѣній, а составляетъ дѣятельное къ нимъ отношеніе. Такое признаніе, составляющее главное основаніе государственнаго властвованія, само не можетъ уже основываться на подчиненіи велѣніямъ органовъ власти.

Наконецъ, ко всему сказанному слѣдуетъ еще присоединить, что и вообще понятія власти и воли не могутъ быть отожествляемы. Воля не есть сама по себѣ власть. Воля бываетъ и безсильная, и безвластная. Власть приходитъ къ волѣ извнѣ, придается ей чѣмъ-то другимъ, лежащимъ внѣ воли, въ самой волѣ незаключающимся. Воля стремится къ власти, получаетъ власть. Поэтому власть есть нѣчто внѣшнее для воли, служащее ей объектомъ. Съ другой стороны и власть не предполагаетъ непремѣнно наличности властвующей воли. Если взять самый простой случай власти одного человѣка надъ другимъ, она возможна помимо и даже вопреки волѣ властвующаго. Человѣкъ, властвующій надъ другимъ обаяніемъ святости, ума, таланта, красоты, властвуетъ часто и не думая о томъ, даже самъ не желая, тяготясь такой властью. Аскетъ, совершающій подвигъ умерщвленія плоти, не жаждетъ, конечно, власти. Онъ подавляетъ въ себѣ всѣ вообще желанія и именно въ силу этого получаетъ часто великую власть надъ людьми.

Такимъ образомъ понятіе власти ни въ какомъ отношеніи не совпадаетъ съ понятіемъ властвующей воли. Бываетъ, что властвуетъ воля, но далеко не всякое властвованіе предполагаетъ направленную на то волю. Властвуютъ воображаемыя божества, не только не имѣющія дѣйствительной воли, но вовсе и не существующія. Точно также властвуютъ надъ людьми представленія о многомъ такомъ, что вовсе и не можетъ быть причастнымъ волѣ, напр., представленіе о грозящей бѣдѣ, болѣзни, суевѣрія и т. п. Все это заставляетъ признать, что власть не предполагаетъ непремѣнно направленной на властвованіе воли. Властвованіе

предполагаетъ сознанiе не съ активной стороны, не со стороны властвующаго, а съ пассивной стороны, со стороны подвластнаго. Все, отъ чего человѣкъ сознаетъ себя зависимымъ, властвуетъ надъ нимъ, все равно, имѣетъ ли оно и даже можетъ ли имѣть волю. Для властвованiя нѣтъ надобности, чтобы это сознанiе зависимости было реально. Не требуется даже, чтобы существовало то, идея о чемъ властвуетъ надъ человѣкомъ. Для властвованiя требуется только сознанiе зависимости, а не реальность ея. Другими словами, власть есть сила, обусловленная не волею властвующаго, а сознанiемъ зависимости подвластнаго. Если такъ, то и для объясненiя государственной власти нѣтъ надобности надѣлять государство волей, олицетворять его. Такъ какъ власть есть сила, обусловленная сознанiемъ зависимости подвластнаго, то и государство можетъ властвовать, не обладая ни волею, ни сознанiемъ, только бы составляющiе его люди сознавали себя зависимыми отъ государства. Государственная власть не чья-либо воля, а сила, вытекающая изъ сознанiя гражданами ихъ зависимости отъ государства.

§ 45. Органы власти.

Государственная власть, какъ сила, обусловленная сознанiемъ гражданами ихъ зависимости отъ государства, порождаетъ въ общественной жизни своеобразныя явленiя и притомъ двоякаго рода. Во-первыхъ, она побуждаетъ гражданъ совершать то, что они считаютъ необходимымъ для государства, отъ котораго сознаютъ себя зависимыми. На этомъ основано чувство патрiотизма, готовность приносить жертвы для отчизны, стремленiе къ государственной дѣятельности и т. п.,—словомъ, все то, что собственно сплачиваетъ людей въ одно государство, и что служитъ конечной опорой его могущества. Но этимъ не исчерпывается дѣйствiе государственнаго властвованiя: оно приводитъ, во-первыхъ, къ тому, что граждане подчиняются велѣнiямъ отдѣльныхъ лицъ, признаваемыхъ органами государственной власти.

Разнообразныя явленiя, вызываемыя воздѣйствiемъ государственной власти, могутъ содѣйствовать и препятствовать осуществленiю человѣческихъ интересовъ. Отсюда у людей естественное стремленiе воспользоваться и этой силой для осуществленiя своихъ интересовъ, стараясь придать ея проявленiямъ согласное со своими интересами направленiе. Но какъ можетъ человѣкъ подчинить эту силу служенiю своимъ цѣлямъ? Конечно такъ же, какъ онъ это дѣлаетъ и въ отношенiи ко всякой другой силѣ, и въ отношенiи къ силамъ природы. Онъ вызываетъ дѣйствiе этихъ силъ тамъ, гдѣ ему это надо, гдѣ ему это выгодно, и старается парализовать ихъ дѣйствiе, когда оно противорѣчитъ его интересамъ. Чтобы вызвать дѣйствiе силы, надо создать необходимыя для того условiя.

Такъ, для дѣйствія механической силы, надо располагать какимъ-нибудь двигателемъ и приспособленіями, съ помощью которыхъ можно вызвать ту форму движенія, какая требуется въ данномъ случаѣ. Власть основывается на сознаніи людьми ихъ зависимости отъ государства. Поэтому, чтобы вызвать по своей волѣ дѣйствіе власти, надо располагать возможностью вызывать въ людяхъ это сознаніе зависимости и придавать ему то или другое содержаніе. Такою возможностью располагаетъ тотъ, кто въ глазахъ другихъ людей является лучшимъ выразителемъ и истолкователемъ того, что надъ нами властвуетъ. Такъ, если надъ человѣкомъ властвуетъ представленіе о грозящей смертью болѣзни, знахарь или врачъ, въ искусствѣ котораго убѣжденъ больной, можетъ пользоваться неограниченною надъ нимъ властью. Такъ, набожный человѣкъ, въ особенности угнетаемый раскаяніемъ въ содѣянномъ грѣхѣ, подпадаетъ власти того, кого считаетъ истолкователемъ божественной воли, посредникомъ между людьми и божествомъ. Точно также сознаніе нашей зависимости отъ государства можетъ быть направляемо такъ или иначе тѣмъ, кто въ нашихъ глазахъ является лучшимъ выразителемъ требованій интересовъ государственнаго общенія. Подобное значеніе пріобрѣтается людьми различными путями: успѣхомъ на войнѣ, находчивою умѣлостью въ разрѣшеніи трудныхъ общественныхъ вопросовъ, принадлежностью къ роду, издавна стоящему во главѣ государства, и т. п. И притомъ такимъ истолкователемъ не долженъ быть непремѣнно одинъ человѣкъ. Напротивъ, сложность и разнообразіе отношеній, изъ которыхъ слагается государственное общеніе, естественно приводятъ къ тому, что различныя стороны государственной жизни находятъ себѣ и различныхъ истолкователей.

Авторитетъ нашихъ согражданъ въ вопросахъ государственной жизни основывается для насъ далеко не всегда на вполнѣ сознательномъ признаніи ихъ лучшими выразителями требованій государства. Къ этому основанію привходятъ обыкновенно въ значительной степени и другія основанія. Мы нерѣдко подчиняемся человѣку просто потому, что ему подчиняются другіе, и не только потому, чтобы мы всегда считали другихъ вѣрными цѣнителями, лучшими судьями, а и потому также, что самый фактъ подчиненія другихъ уже увеличиваетъ силу этого человѣка и создаетъ увѣренность, что все такъ и сдѣлается, какъ онъ хочетъ. Поэтому наше сознаніе зависимости отъ государства заставляетъ насъ подчиняться не только тому, кто по нашему собственному убѣжденію является лучшимъ выразителемъ и истолкователемъ требованій и интересовъ государства, но также и даже чаще тому, кому подчиняется значительнѣйшая или вліятельнѣйшая часть нашихъ согражданъ. Поэтому даже тогда, когда подчиненіе другихъ имѣетъ не политическое, а какое-нибудь другое, напр., религіозное основаніе, оно всетаки можетъ для

насъ возвысить политическое значенiе данной личности. Кромѣ того, нельзя упустить изъ вниманiя, что и чисто личныя качества человѣка могутъ подчинять насъ обаянiю его личности. Умъ, сила, энергiя, родовитость, богатство составляютъ немаловажные шансы успѣха и въ политической карьерѣ.

Таковы разнообразныя основанiя, по которымъ въ нашихъ отношенiяхъ къ государству мы подчиняемся сужденiю и волѣ другихъ людей: личное ихъ обаянiе, зависимость отъ нихъ значительной общественной группы, признанiе ихъ нами самими лучшими выразителями и истолкователями требованiй государственнаго порядка. Но воля такихъ лицъ не составляетъ сама государственной власти. Ихъ воля, въ силу тѣхъ или другихъ условiй, получаетъ только возможность направлять такъ или иначе дѣйствiе государственной власти. Государственная власть образуетъ лишь объектъ ихъ воли, какъ сила, обусловленная сознанiемъ зависимости отъ государства, т. е. отъ такого общественнаго союза, который своею совокупною силою охраняетъ насъ извнѣ—отъ другихъ государствъ, а внутри—отъ частныхъ насилiй, обезпечивая существованiе мирнаго общественнаго порядка.

Тѣхъ, кто является въ глазахъ людей истолкователемъ и выразителемъ властвующей надъ нами идеи, обыкновенно называютъ ея представителями. Такъ ученыхъ называютъ представителями науки, художниковъ—представителями искусства, не думая, конечно, при этомъ олицетворять науку или искусство и приписывать имъ особую волю, только выражаемую учеными или художниками. Въ этомъ смыслѣ и тѣхъ, кто представляется выразителемъ и истолкователемъ требованiй государства, мы назовемъ представителями государства, безъ того, чтобы этимъ непремѣнно присвоивалась государству властвующая надъ нами воля. Государство, какъ и наука, можетъ въ глазахъ людей имѣть своихъ представителей, не будучи надѣлено волей.

Къ пользованiю государственной властью, какъ силой, могущей служить осуществленiю человѣческихъ интересовъ, стремится такъ или иначе каждый, и отдѣльныя лица, и цѣлыя общественныя группы, каждый по своему стараясь направить дѣйствiя власти. Отсюда и по поводу пользованiя государственною властью, какъ по поводу пользованiя всякимъ другимъ объектомъ, возникаетъ столкновенiе разнообразныхъ, противорѣчащихъ другъ другу, борящихся между собой интересовъ. Сознанiе такого столкновенiя интересовъ, такой борьбы ихъ между собою приводитъ къ потребности ихъ соглашенiя, къ выработкѣ началъ, которыми бы опредѣлялось ихъ разграниченiе, словомъ, къ выработкѣ юридическихъ нормъ, регулирующихъ пользованiе государственною властью.

Юридическая нормировка пользованiя государственною властью приводитъ къ установленiю правъ на власть и соотвѣтствующихъ имъ обя-

занностей повиновенія. Это вноситъ еще больше осложненія въ отношенія государственнаго властвованія. При чисто фактическихъ отношеніяхъ властвованія, подчиненіе не есть обязанность, а фактъ. Я подчиняюсь въ каждый данный моментъ тому, кто почему-либо возбуждаетъ во мнѣ сознаніе зависимости. Исчезаетъ это сознаніе, прекращается и подчиненіе. Въ отношеніи же къ имѣющему право на власть, подчиненіе составляетъ обязанность, обусловленную правомъ, а не фактической наличностью сознанія зависимости. Распоряженіямъ полицейскаго подчиняются не потому, чтобы его считали лучшимъ выразителемъ требованій государственнаго общенія, не потому, чтобы ему подчинялись значительныя общественныя группы, не потому, чтобы онъ пользовался особымъ личнымъ обаяніемъ, а просто потому, что за нимъ признано право на осуществленіе опредѣленныхъ функцій власти. Обязанность подчиненія его велѣніямъ поддерживается прежде всего именно сознаніемъ права, а затѣмъ угрозой наказанія или другихъ невыгодныхъ послѣдствій, связываемыхъ съ неисполненіемъ законныхъ распоряженій.

Тѣ лица, за которыми признается право распоряженія въ опредѣленномъ отношеніи властью, называются органами государственной власти.

Такъ какъ то, что выполняется органомъ, называется вообще его функціей, то и тѣ акты власти, на осуществленіе которыхъ имѣетъ право данный органъ власти, также именуются функціями органа власти, а внѣ отношенія къ тому или другому отдѣльному органу, ихъ осуществляющему, они именуются и просто функціями власти подобно тому, какъ и всѣ вообще функціи, осуществляемыя отдѣльными органами живого цѣлаго, называются функціями органической жизни.

Осуществленіе функцій власти, по ихъ сложности, требуетъ обыкновенно совмѣстной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ и матеріальныхъ средствъ. Поэтому органами власти являются по большей части не отдѣльныя лица, а учрежденія, имѣющія болѣе или менѣе сложный составъ и устройство.

Обращаясь собственно къ устройству государственныхъ учрежденій, мы видимъ, что изъ числа лицъ, составляющихъ учрежденіе, одни рѣшаютъ, какъ именно распорядиться ввѣренной имъ функціей власти, другіе—только содѣйствуютъ такъ или иначе рѣшающимъ. Поэтому организація государственныхъ учрежденій сама слагается изъ органовъ двоякаго рода—*рѣшающихъ и содѣйствующихъ*.

Рѣшающіе органы и суть собственно прямые, непосредственные органы государственной власти, въ тѣсномъ смыслѣ слова органы власти (Amt, pouvoir). *Органы содѣйствующіе* не суть непосредственные органы государственной власти, а только содѣйствуютъ рѣшающимъ органамъ. Такъ судья или судебная коллегія осуществляетъ функцію правосудія, канцелярія же и пристава содѣйствуютъ имъ въ этомъ, первая—под-

готовляя дѣло, послѣдніе, приводя въ исполненіе постановленный приговоръ.

Самое содѣйствіе можетъ принимать три различныя формы. Оно выражается или въ *подготовкѣ* дѣла собираніемъ фактическихъ данныхъ и справкой съ законами, или въ *дачѣ совѣта* рѣшающему органу, или, наконецъ, въ *исполненіи* постановленнаго рѣшенія. Поэтому, содѣйствующіе органы подраздѣляются на *подготовляющіе*, таковы канцеляріи; на *совѣщательные*, таковы различные совѣты, комитеты и т. п., и на *исполнительные*, каковы судебные пристава, исполнительные полицейскіе агенты, сборщики податей, войско и т. п. Подготовляющее учрежденіе собираетъ собственно матеріалы, данные для рѣшенія. Совѣщательное—предлагаетъ проектъ самаго рѣшенія. Исполнительное—примѣняетъ матеріальную силу къ дѣйствительному осуществленію рѣшенія. Не всегда эти различныя функціи осуществляются отдѣльными органами. Иногда одинъ и тотъ же органъ соединяетъ нѣсколько изъ этихъ функцій. Такъ, въ судебныхъ учрежденіяхъ отсутствуетъ обыкновенно особый органъ для совѣщательной функціи; у мирового судьи почти отсутствуетъ органъ подготовляющій, такъ какъ канцелярія у него имѣетъ весьма слабое развитіе. Въ другихъ случаяхъ, напротивъ, эти содѣйствующіе органы получаютъ чрезмѣрное развитіе, можно сказать, гипертрофируются. Такъ, у насъ всѣ органы верховнаго управленія суть органы, содѣйствующіе государю: государственный совѣтъ, комитетъ министровъ, совѣтъ министровъ. Но, въ той или другой степени, указанное различіе отдѣльныхъ категорій органовъ можетъ быть замѣчено во всѣхъ государственныхъ учрежденіяхъ—правительственныхъ и судебныхъ, безразлично. Такъ, отсутствіе совѣщательнаго органа, замѣчаемое нынѣ въ судебныхъ учрежденіяхъ, не есть вовсе необходимое условіе ихъ организаціи. Въ Римѣ и въ судахъ были совѣщательные органы въ лицѣ такъ называемыхъ ассесоровъ. Дѣло въ томъ, что въ Римѣ судья не былъ вовсе юристомъ. Между тѣмъ онъ не могъ не чувствовать потребности въ разъясненіи юридическихъ вопросовъ, и съ этой цѣлью онъ обращался за совѣтомъ къ свѣдущему юристу. Дача такихъ совѣтовъ претору обозначалась словомъ assidere (отсюда assesor) и институтъ ассесуры, съ теченіемъ времени, получилъ оффиціальное признаніе. Въ организаціи парламента мы тоже найдемъ эти различные органы. Палаты являются органами рѣшающими. Бюро, состоящее изъ предсѣдателей и секретарей,—органъ подготовляющій. Коммиссіи, которымъ поручается предварительное обсужденіе законопроектовъ,—совѣщательный. Пристава, квесторы—исполнительный. Въ министерствахъ рѣшающій органъ—самъ министръ, подготовляющій—департаментъ; совѣщательный—совѣтъ министра и различные техническіе совѣщательные комитеты; исполнительныхъ органовъ министерства, какъ центральныя учрежденія, не имѣютъ. Исполнительные органы со-

стоятъ при мѣстныхъ органахъ министерства, напр., акцизные надзиратели.

Обращаясь къ устройству собственно рѣшающихъ органовъ, мы находимъ три системы ихъ организаціи. Во-первыхъ, рѣшающая власть можетъ быть вручена одному опредѣленному органу. Рѣшающій органъ можетъ быть при этомъ организованъ двоякимъ образомъ: или какъ органъ *единоличный*, или какъ *коллегіальный*. Единоличная организація имѣется въ томъ случаѣ, когда власть рѣшенія предоставлена одному лицу, хотя бы онъ и былъ окруженъ рядомъ содѣйствующихъ органовъ. Поэтому, въ неограниченной монархіи, законодательная власть имѣетъ единоличную организацію, хотя бы при государѣ и были совѣщательныя учрежденія. Коллегіей называется совокупность лицъ, которымъ предоставлено право рѣшенія по большинству голосовъ. Большинство бываетъ *абсолютное*, когда для постановленія рѣшенія требуется, чтобы какое-либо мнѣніе имѣло за себя больше половины всѣхъ голосующихъ, и *относительное*, когда принятымъ считается мнѣніе, получившее наибольшее, сравнительно съ другими, число голосовъ, хотя бы оно и было менѣе половины общаго числа голосующихъ. Абсолютное большинство бываетъ *простое*, когда достаточно перевѣса хотя бы одного голоса, и *квалифицированное*, когда требуется опредѣленное большинство, напр. $^2/_3$, $^3/_4$. Коллегіальная форма требуетъ большихъ затратъ матеріальныхъ средствъ и ведетъ къ болѣе медленному производству, но за то болѣе обезпечиваетъ безпристрастное и всестороннее обсужденіе дѣла. Единоличная организація даетъ учрежденію большую подвижность. Но рѣшающее значеніе въ выборѣ той или другой формы имѣетъ дѣйствительность или недѣйствительность отвѣтственности должностныхъ лицъ для обезпеченія законности. Недѣйствительность такой отвѣтственности можетъ обусловливаться или характеромъ функцій, напр., законодательныхъ и судебныхъ, или формой правленія (неограниченная монархія.) Въ этихъ случаяхъ необходимо дать органу такое устройство, которое восполняло бы недѣйствительность отвѣтственности, предупреждая возможность злоупотребленій. А такая форма и есть коллегія.

Во-вторыхъ, власть рѣшающая можетъ быть предоставлена не одному какому-нибудь органу, а совмѣстно двумъ или нѣсколькимъ такъ, что каждый въ своемъ рѣшеніи связанъ согласіемъ другого. Такъ, въ Римѣ власть правительственная была ввѣрена нераздѣльно двумъ консуламъ. Такъ, теперь власть уголовнаго суда ввѣряется совмѣстно двумъ коллегіямъ коронныхъ судей и присяжныхъ засѣдателей, однако, дѣло устраивается такъ, что одна изъ нихъ рѣшаетъ вопросъ о виновности, другая вопросъ о наказаніи. Другой примѣръ подобнаго рода: двухпалатная организація парламента. Иногда эти органы, осуществляющіе совмѣстно рѣшающую власть, могутъ представлять различную организацію, причемъ

одинъ останавливаетъ власть другого. Такъ, въ конституціонныхъ государствахъ рѣшеніе законодательныхъ вопросовъ ввѣрено совмѣстно парламенту (т. е. коллегіи) и единоличному главѣ исполнительной власти.

Третья система устройства рѣшающихъ органовъ есть *система инстанцій*. При этой системѣ власть рѣшенія предоставляется одному органу, но рѣшеніе его не признается окончательнымъ, а можетъ быть, по требованію заинтересованныхъ въ томъ лицъ, или учрежденій, пересмотрѣно другимъ органомъ, являющимся въ отношеніи къ первому высшей инстанціей. Но, тѣмъ не менѣе, низшая инстанція не получаетъ отъ этого характеръ только подготовляющаго органа. Она постановляетъ настоящее рѣшеніе; за необжалованіемъ оно получаетъ окончательную силу и высшая инстанція не можетъ принять непосредственно къ своему разсмотрѣнію дѣло, не разсмотрѣнное низшей инстанціей. Обыкновенное число инстанцій 2 или 3. Наиболѣе широкое развитіе эта система находитъ себѣ въ судебныхъ учрежденіяхъ.

Совѣщательныя учрежденія имѣютъ обыкновенно коллегіальную форму, но отличаются отъ коллегіи тѣмъ, что не имѣютъ рѣшающей власти. По своему характеру они представляютъ три различныхъ типа. Во-первыхъ, совѣты правительственные, персоналъ которыхъ имѣетъ за собой лишь извѣстный *служебный опытъ*. Во-вторыхъ, совѣты экспертовъ, составляющіеся изъ представителей научныхъ или техническихъ *знаній*. Въ-третьихъ, совѣты съ представительнымъ характеромъ, въ составъ которыхъ входятъ представители мѣстныхъ, сословныхъ, корпоративныхъ или иныхъ *интересовъ*. Совѣты правительственные учреждаются только при единоличныхъ рѣшающихъ органахъ. Совѣты представительные—только при такихъ рѣшающихъ органахъ, въ организацію которыхъ не включенъ представительный элементъ. Наконецъ, совѣты экспертовъ имѣютъ мѣсто при всякой организаціи рѣшающихъ органовъ. Совѣщательныя учрежденія нашли себѣ особенно широкое развитіе во французской конституціи VIII года, которая въ основу всей организаціи государства положила то правило, что дѣйствовать есть дѣло одного, а разсуждать—многихъ. Такая система представляетъ серьезныя неудобства: такая организація совѣтовъ, съ одной стороны, не ограничиваетъ возможности личнаго произвола, съ другой—не можетъ не ослабить отвѣтственности рѣшающаго органа. Сказанное не примѣняется, однако, къ совѣтамъ экспертовъ, такъ какъ мнѣнія ихъ имѣютъ совершенно спеціальное значеніе.

Органами подготовляющими являются бюро или канцеляріи, но организація ихъ не имѣетъ общаго юридическаго значенія.

Органы исполнительные имѣютъ весьма разнообразную организацію. Наиболѣе крупнымъ исполнительнымъ органомъ является войско, находящееся въ непосредственномъ распоряженіи главы исполнительной вла-

сти. Но для потребностей внутренней государственной жизни организуются и другіе исполнительные органы, причемъ могутъ быть примѣнены двѣ различныя системы: или каждому рѣшающему органу придается особый исполнительный органъ, или же исполненіе рѣшеній всѣхъ рѣшающихъ органовъ возлагается на одинъ общій исполнительный органъ (наша полиція). Первая система преобладаетъ въ Англіи, вторая—на континентѣ, особенно въ Германіи и у насъ въ Россіи.

Таковы основныя начала устройства государственныхъ учрежденій. Что же касается ихъ личнаго состава, то въ различныя эпохи политическаго развитія народовъ онъ представляется весьма различнымъ. Можно, вообще, различить три главныя эпохи въ историческомъ развитіи государственныхъ учрежденій. Первая эпоха—это эпоха ихъ зачаточнаго состоянія. Тутъ нѣтъ еще сколько-нибудь развитой системы постоянныхъ, выдѣляющихся изъ общей массы народа, государственныхъ учрежденій. Задачи государственнаго управленія представляются въ эту первую эпоху еще крайне несложными и осуществляются непосредственно самимъ народомъ. Такъ, органомъ законодательной власти, органомъ суда, органомъ, подающимъ совѣты князю, является весь народъ, собирающійся въ непосредственное народное собраніе; войскомъ—тотъ же народъ, собирающійся на войну. Князь и подчиненные военно-начальники—единственные обособленные органы этой эпохи. Но и они не выдѣляются рѣзко изъ общей массы народа.

Вторая эпоха есть эпоха сословной организаціи. Управленіе государствомъ тутъ становится дѣломъ особаго сословія, дворянства, служилаго сословія. Оно занимаетъ всѣ существующія должности по государственному управленію. Многія должности дѣлаются при этомъ даже наслѣдственнымъ достояніемъ отдѣльныхъ родовъ. Эта сословная организація, безъ сомнѣнія, представляетъ, сравнительно съ организаціей предшествующей эпохи, значительный прогрессъ политической жизни. Сословіе, спеціально призванное къ службѣ государству, къ участію въ управленіи, естественно, въ теченіе ряда поколѣній, посвящающихъ себя все одному и тому же дѣлу, пріобрѣтаетъ большую способность къ осуществленію этого дѣла. Наслѣдственная передача пріобрѣтаемыхъ навыковъ, примѣръ старшихъ, семейныя преданія, самое воспитаніе, направляемое съ малыхъ лѣтъ на приготовленіе государственныхъ дѣятелей,—все это обезпечивало дворянину большую способность къ политической дѣятельности. Съ другой стороны, энергія, усердіе преданность дѣлу усиливается при этомъ тѣмъ, что къ общимъ побужденіямъ патріотизма, нравственнаго долга, матеріальной заинтересованности тутъ присоединялся спеціальный стимулъ—сословная и родовая честь.

Но тѣмъ не менѣе сословная организація, съ дальнѣйшимъ развитіемъ общественнымъ, должна была неизбѣжно пасть. Она сама въ себѣ

носила начала разложенія. Во-первыхъ, учрежденія, пополнявшіяся исключительно членами одного сословія, естественно являлись представителями не только государственныхъ, но и спеціально-сословныхъ интересовъ, а потому они не могли не вызывать своею дѣятельностью неудовольствія другихъ сословій, устраненныхъ отъ участія въ государственномъ управленіи. И по мѣрѣ того, какъ сословія эти усиливались, они стремились добиться участія въ политической дѣятельности. Во-вторыхъ, распаденіе сословной организаціи вызывалось и самымъ развитіемъ спеціализаціи той подготовки, какая требуется для государственной службы. По мѣрѣ того, какъ прогрессивное развитіе раздѣленія труда и разнообразія задачъ государственнаго управленія увеличивалось все болѣе и болѣе, той общей подготовки, какая обусловливалась общимъ сословнымъ духомъ, оказывалось недостаточно. Потребность въ спеціальной технической подготовкѣ чувствовалась все сильнѣе. Въ результатѣ получилось образованіе особаго класса лицъ, для котораго государственная служба получила значеніе профессіи.

Такимъ образомъ, при новой организаціи государственнаго управленія, долженствовавшей замѣнить собою прежнюю организацію, имѣли рѣшительное вліяніе два новыхъ факта: 1) стремленіе всѣхъ вліятельныхъ членовъ общества устранить сословную замкнутость и изолированность должностныхъ лицъ государственнаго управленія и подчинить ихъ своему вліянію и 2) нарожденіе особаго класса профессіональныхъ чиновниковъ. Устранить это профессіональное чиновничество невозможно. Сложныя задачи современнаго государственнаго управленія требуютъ такой технической подготовки и такой затраты времени, какихъ можно требовать только отъ лицъ, для которыхъ государственная служба имѣетъ значеніе профессіи. Но, съ другой стороны, для того, чтобъ государственное управленіе не осуществлялось исключительно въ узкихъ интересахъ одного класса, непосредственно принимающаго участіе въ немъ въ качествѣ должностныхъ лицъ, необходимо и остальнымъ классамъ населенія дать извѣстное вліяніе и участіе въ отправленіи функцій государственнаго управленія. Въ силу этого, составъ современныхъ государственныхъ учрежденій, естественно, является двоякимъ. Государственныя учрежденія составляются, во-первыхъ, изъ лицъ, посвящающихъ себя государственной службѣ, какъ *профессіи*, и, во-вторыхъ, изъ лицъ, являющихся лишь *представителями* интересовъ другихъ классовъ. Другими словами, въ составѣ современныхъ государственныхъ учрежденій различимы два элемента: элементъ *профессіональный* и элементъ *представительный*. Первый изъ нихъ обезпечиваетъ знаніе и опытность; второй противодѣйствуетъ рутинѣ и духу сословности.

Эти два элемента въ разной степени присущи всѣмъ различнымъ органамъ государственной жизни. Отправленіе законодательства, управ-

ленія, суда совершается одинаково при соучастіи двухъ этихъ элементовъ. Соединеніе ихъ совершается въ различныхъ формахъ. Иногда они получаютъ совершенно раздѣльное существованіе и при томъ такъ, что организуется два отдѣльныхъ, рѣшающихъ органа, которымъ совмѣстно поручается осуществленіе извѣстной функціи. Такъ, въ конституціонныхъ государствахъ функція законодательная ввѣрена совмѣстно народному представительству и правительству. Функція суда вручается совмѣстно коллегіямъ судей и присяжныхъ. Въ другихъ случаяхъ, два эти элемента образуютъ различные органы, но такъ, что одинъ только изъ нихъ есть органъ рѣшающій, а другой есть содѣйствующій ему. Такъ бываетъ, когда при рѣшающемъ органѣ, представляющемъ профессіональный элементъ, имѣется совѣщательное учрежденіе, съ представительнымъ характеромъ. Отъ этой системы раздѣльной организаціи двухъ элементовъ отличается система ихъ соединенія во-едино, въ составѣ одного и того же органа. Если дѣло идетъ о коллегіальномъ органѣ, то это достигается тѣмъ, что коллегія составляется частью изъ профессіональныхъ чиновниковъ, частью изъ выборныхъ лицъ, какъ это, напримѣръ, мы видимъ въ судебныхъ коллегіяхъ при системѣ шеффеновъ. При единоличной организаціи такое соединеніе достигается тѣмъ, что должность замѣщается лицомъ, соединяющимъ въ себѣ оба элемента, и представительный, и профессіональный, какъ это, напримѣръ, имѣется при назначеніи должностныхъ лицъ, выполняющихъ профессіональныя функціи правительства и на неопредѣленное время, но изъ числа кандидатовъ, представляемыхъ въ опредѣленномъ числѣ мѣстнымъ населеніемъ (прусскіе ландраты, наши земскіе начальники).

§. 46. *Форма государственнаго устройства.*

Звѣревъ. Основанія классификаціи государствъ. *Коркуновъ.* Русское государственное право. I. 1893. Стр. 36—73.

Организація и составъ государственныхъ учрежденій представляютъ весьма большое разнообразіе и этимъ обусловливается разнообразіе и въ общемъ строѣ государствъ. Но при этомъ нельзя не замѣтить, что разнообразіе это можетъ быть сведено къ нѣсколькимъ основнымъ типамъ. Опредѣленіе этихъ типовъ и выясненіе основанія ихъ и различія и составляетъ вопросъ о формахъ государственнаго устройства или о формахъ правленія.

Вопросъ этотъ очень рано обратилъ на себя вниманіе и самой старой классификаціей формъ правленія представляется классификація, основанная на различіи числа правящихъ лицъ. Если высшее распоряженіе государственною властью принадлежитъ одному — это монархія, если многимъ—это аристократія, если всѣмъ—демократія. Первое указаніе на такую группировку формъ государственнаго устройства находится у

Геродота въ его разсказѣ о переговорахъ Отанеса, Мегабиза и Дарія, какую форму правленія установить въ Персіи послѣ убійства Лже-Смердиса, и до сихъ поръ это самая обиходная группировка, находящая себѣ сторонниковъ и среди выдающихся представителей современной науки, какъ напр. Рошера. Однако, при ближайшемъ изслѣдованіи въ такой группировкѣ оказываются весьма существенныя неудобства, на которыя обращалъ вниманіе уже Аристотель, но которыя съ особенной силой сказываются въ примѣненіи къ современнымъ, крайне сложнымъ формамъ государственнаго устройства.

Прежде всего, что надо понимать подъ правящими? Если тѣхъ, въ чьихъ рукахъ сосредоточено все распоряженіе государственною властью, такъ, что всѣ другія учрежденія являются лишь содѣйствующими или дѣйствующими по ихъ полномочію, то подъ опредѣленіе монархіи, какъ правленія одного, подойдетъ только неограниченная, абсолютная монархія. Въ конституціонной монархіи парламентъ не содѣйствуетъ только монарху и не отъ него получаетъ свои полномочія, а напротивъ является самостоятельнымъ органомъ, ограничивающимъ монарха и опирающимся на полномочія, данныя ему отъ народа. Если же подъ правящимъ разумѣютъ тѣхъ, въ чьихъ рукахъ сосредоточено не все распоряженіе властью, а только функціи такъ называемой исполнительной власти, тогда большинство современныхъ республикъ, имѣющихъ единоличнаго главу исполнительной власти, президента, окажутся также подходящими подъ опредѣленіе монархіи. Съ другой стороны, подъ опредѣленіе демократіи какъ правленія всѣхъ, не подойдетъ въ сущности ни одно дѣйствительно существующее государство. Нигдѣ къ участію въ осуществленіи функцій власти не допускается все населеніе безъ исключеній. Еще въ древности могло казаться иначе, такъ какъ тамъ лишенные политическихъ правъ были вмѣстѣ съ тѣмъ и вообще лишены правоспособности, находясь въ положеніи рабовъ. Опредѣляя демократію, какъ правленіе всѣхъ, имѣли въ виду всѣхъ свободныхъ. Но въ современныхъ государствахъ всѣ свободны и однако всетаки нигдѣ всѣ не участвуютъ въ функціяхъ власти. Даже тамъ, гдѣ введена такъ называемая всеобщая подача голосовъ, правомъ голоса на политическихъ выборахъ пользуются въ дѣйствительности не болѣе одной четверти всего населенія. Изъ имѣющихъ право голоса участвуютъ дѣйствительно въ выборахъ не болѣе двухъ третей. Слѣдовательно, выборы совершаются тамъ при участіи едва одной шестой всего населенія. Такъ какъ при этомъ избраніе совершается по большинству голосовъ, положимъ $^4/_7$, то избранные окажутся представителями всего $^1/_{11}$ населенія. Къ тому же и вообще число правящихъ есть признакъ совершенно случайный. Слѣдуя ему, пришлось бы признать, что Россія во время совмѣстнаго царствованія Іоанна и Петра перестала быть монархіей и сдѣлалась аристократической республикой.

Сознаніе непригодности числового основанія классификаціи формъ правленія, какъ слишкомъ внѣшняго и случайнаго признака, нерѣдко приводило къ другой крайности: къ стремленію найти такое основаніе различія формъ правленія, которымъ опредѣлялись бы всѣ характерныя особенности государственной жизни. Такъ Платонъ сводилъ различіе формъ правленія къ различію трехъ добродѣтелей: мудрости, мужества, умѣренности, изъ которыхъ то та, то другая преобладаетъ въ государствѣ. Аристотель основнымъ различіемъ формъ правленія считалъ различіе правильныхъ и искаженныхъ формъ, признавая правильными тѣ, гдѣ личный интересъ правителей, кто бы они ни были, подчиненъ общему интересу государства; искаженными, напротивъ, тѣ, гдѣ преобладаетъ личный интересъ правителей. Монтескье обратилъ вниманіе на то, что движетъ государственную жизнь: на различіе принциповъ, каковыми могутъ быть, по его мнѣнію, или добродѣтель—въ демократіи, или умѣренность—въ аристократіи, или честь—въ монархіи, или, наконецъ, страхъ—въ деспотіи. У Геерена различіе формъ правленія сводится къ различію положенія въ государствѣ отдѣльныхъ лицъ: являются ли они безправными рабами (деспотія), подданными, надѣленными только одними гражданскими правами (монархія), или гражданами, пользующимися и правами политическими (республика). Лоренцъ Штейнъ и Моль усматривали основу различія формъ правленія въ отношеніи государственной власти уже не къ отдѣльнымъ личностямъ, а къ обществу.

Все это, какъ выясненіе характера государственной дѣятельности, представляется весьма цѣннымъ для науки. Для полной характеристики государства необходимо, конечно, выяснить его отношеніе къ нравственнымъ началамъ, къ субъективнымъ правамъ гражданъ, къ другимъ общественнымъ союзамъ, но все это, опредѣляя содержаніе государственной жизни, не можетъ быть основой различія формъ его внѣшняго устройства.

По формѣ устройства всѣ государства могутъ быть раздѣлены, какъ это и признается издавна, на монархіи и республики, но различіе ихъ не въ числѣ правящихъ лицъ, а въ ихъ юридическомъ положеніи.

Въ республикѣ всѣ лица, участвующія въ распоряженіи властью, отвѣтственны отъ послѣдняго избирателя до президента, стоящаго во главѣ республики и призваннаго дѣйствовать отъ ея имени. Въ монархіи, напротивъ, имѣется и безотвѣтственный органъ власти — монархъ. Именно въ этомъ различіи отвѣтственности и безотвѣтственности заключается различіе президента республики и монарха, а не въ объемѣ или характерѣ ихъ функцій. Президентъ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ пользуется большею властью, нежели англійская королева, но президентъ отвѣтственъ предъ конгрессомъ и потому не монархъ; англійская королева, напротивъ, безотвѣтственна и потому,

несмотря на всю ограниченность своей власти, остается все же монархиней.

Уже одинъ фактъ осуществленія хотя нѣкоторыхъ функцій государственнаго властвованія безотвѣтственнымъ субъектомъ, властвующимъ по собственному праву, а не по порученію, не можетъ не придать всему государственному быту своеобразнаго склада. Юридическое отношеніе государственнаго властвованія не можетъ не мѣняться существенно, смотря потому, какими субъектами осуществляются функціи власти, отвѣтственными или безотвѣтственными? При существованіи въ государствѣ безотвѣтственнаго субъекта властвованія нѣкоторыя юридическія нормы, опредѣляющія государственный порядокъ, по необходимости получаютъ характеръ нормъ, лишенныхъ санкціи (leges imperfectae), опирающихся въ своемъ дѣйствіи лишь на религіозныя, нравственныя, бытовыя основанія, но не юридическія. Поэтому въ республикѣ юридическая природа государственнаго властвованія находитъ болѣе полное и послѣдовательное осуществленіе, чѣмъ въ монархіи. Республика представляется болѣе чистымъ юридическимъ отношеніемъ. Въ монархіи имѣютъ относительно большее значеніе бытовые факторы. Но, съ другой стороны, какъ бы олицетвореніе государственной власти въ независимо поставленномъ монархѣ, какъ справедливо указалъ Штейнъ, болѣе обезпечиваетъ неподчиненіе государственной власти исключительнымъ интересамъ господствующихъ общественныхъ классовъ. Уже въ силу этихъ двухъ условій различіе монархіи и республики нельзя не признать основнымъ различіемъ формъ государственнаго устройства. А къ нему присоединяется еще то, что глава государства, призванный представлять государство во внѣ и внутри, участвуетъ болѣе или менѣе во всѣхъ актахъ, совершаемыхъ отъ имени государства, и въ изданіи законовъ, и въ отправленіи правосудія, и въ управленіи. Поэтому самостоятельность власти монарха и его безотвѣтственность оказываютъ нѣкоторое вліяніе на всѣ проявленія государственнаго властвованія. Монархическій принципъ требуетъ, чтобы въ государствѣ ничего не совершалось противъ и даже помимо воли монарха. Отъ его имени отправляется правосудіе, онъ назначаетъ всѣхъ высшихъ должностныхъ лицъ суда и управленія; въ отношеніи къ законамъ ему принадлежитъ обыкновенно право абсолютнаго вето и всегда право ихъ обнародованія и обращенія къ исполненію. Всѣ эти функціи могутъ принадлежать и президенту республики, но, конечно, огромная разница, осуществляются ли онѣ безотвѣтственнымъ монархомъ, или отвѣтственнымъ предъ народомъ должностнымъ лицомъ.

Безотвѣтственность монарха обусловливаетъ, наконецъ, и существенныя особенности въ организаціи монархическаго правительства. Мыслимо и даже бывали случаи, что правительственныя функціи вручались совмѣстно нѣсколькимъ безотвѣтственнымъ лицамъ. Но это явленіе исклю-

чительное. Властвованіе по собственному праву плохо мирится съ раздѣленіемъ этого властвованія между нѣсколькими лицами. И въ дѣйствительности, правительство въ монархіи всегда стремится принять единоличную форму. Республикѣ, напротивъ, болѣе соотвѣтствуетъ коллегіальная организація правительства, такъ какъ этимъ лучше обезпечивается подчиненіе делегированной правительственной власти народу, и если въ большинствѣ современныхъ республикъ имѣется единоличная организація, то это объясняется вліяніемъ на нихъ монархическихъ идей. Тамъ, гдѣ, какъ въ Швейцаріи, республиканское устройство является исконнымъ, правительство имѣетъ коллегіальную форму. Точно также наслѣдственная власть свойственна монархіи, избирательная—республикѣ. Только наслѣдственная власть можетъ быть вполнѣ самостоятельна. Избирательныя монархіи образуютъ уже переходную форму и въ настоящее время ихъ вовсе не существуетъ. Но и въ избирательныхъ монархіяхъ власть главы государства была во всякомъ случаѣ пожизненная, а не срочная, какъ въ республикахъ. Срочность власти неизбѣжно ведетъ къ зависимости отъ избирателей. Поэтому-то въ республикахъ глава правительства всегда избирается на опредѣленный срокъ и обыкновенно на довольно короткій срокъ. Всего распространеннѣе четырехлѣтній срокъ по образцу сѣверо-американской конституціи, самый долгій срокъ—десятилѣтній, какъ это было установлено французской конституціей VIII года для выбора консуловъ. Теперь президентъ во Франціи избирается на 7 лѣтъ.

Такимъ образомъ безотвѣтственное положеніе монарха, обусловленное тѣмъ, что онъ правитъ самостоятельно, по собственному праву, налагаетъ опредѣленный отпечатокъ на весь складъ государственной жизни, и потому различіе монархіи и республики представляетъ дѣйствительно основное различіе формъ государственнаго устройства. Но, конечно, и монархическій и республиканскій принципъ могутъ быть осуществляемы съ большею или меньшею послѣдовательностью, и вслѣдствіе того получаются различныя разновидности каждой изъ этихъ основныхъ формъ политической организаціи.

Монархіи могутъ принимать различныя формы, смотря по тому, сосредоточивается ли вся государственная власть въ рукахъ монарха, такъ что всѣ другія государственныя учрежденія дѣйствуютъ какъ органы монарха, по его порученію, или же, напротивъ, на ряду съ монархомъ, нѣкоторая доля власти присвоивается народу и его представителямъ. Въ первомъ случаѣ при сосредоточеніи всей полноты власти въ рукахъ монарха получается абсолютная монархія; во-второмъ—монархія конституціонная, ограниченная соучастіемъ народнаго представительства.

Разновидности республики не могутъ основываться на сочетаніи республиканскаго принципа съ монархическимъ: разъ существуетъ монархическая власть, какъ бы она ни была ограничена, получится мо-

нархія, а не республика. Но и республиканскія государства различаются по степени осуществленія въ нихъ республиканскаго принципа: подчиненія всѣхъ государственныхъ учрежденій народу. Чѣмъ шире непосредственное участіе народа въ осуществленіи функцій государственнаго властвованія, тѣмъ менѣе самостоятельны дѣйствующія по уполномочію отъ народа учрежденія. Сообразно съ этимъ различаются чистыя или непосредственныя республики и республики представительныя. Непосредственной республикой называется такое государственное устройство, гдѣ народу принадлежитъ право непосредственнаго участія въ осуществленіи законодательной функціи. Въ представительныхъ же республикахъ непосредственное осуществленіе всѣхъ функцій властвованія предоставлено уполномоченнымъ отъ народа учрежденіямъ, а самому народу непосредственно принадлежитъ лишь право избранія своихъ представителей.

§ 47. *Власть и право.*

Ihering. Zweck im Recht, I, 1884, ss. 176 ff.

Каково-бы ни было государственное устройство, кѣмъ бы ни осуществлялись функціи власти, человѣческое сознаніе всегда стремится подчинить и акты властвованія юридическимъ нормамъ. Интересамъ власти противопоставляютъ начала права. Подчиняясь сами власти, граждане требуютъ отъ органовъ власти подчиненія праву, потому что, какъ бы ни былъ высокъ интересъ, связанный съ существованіемъ твердой и сильной власти, онъ не имѣетъ всетаки исключительнаго характера, не поглощаетъ собоюдругихъ людскихъ интересовъ. Сосредоточивая въ своихъ рукахъ исключительное право принужденія, государство тѣмъ самымъ обезпечиваетъ гражданамъ мирный порядокъ ихъ взаимныхъ отношеній. Отстаивая свою международную независимость и внѣшнее могущество, государство обезпечиваетъ сохраненіе и развитіе исторически выработавшейся національной культуры. Но каково-бы ни было значеніе мирнаго порядка своеобразной культуры, на ряду съ нимъ существуетъ множество другихъ интересовъ человѣческихъ, могущихъ приходить съ интересомъ власти въ столкновеніе. Личность, сознающая себя самоцѣльной, не можетъ примириться съ принесеніемъ всѣхъ своихъ интересовъ въ жертву поддержанію мирнаго порядка и національной культуры, которые сами для нея представляются только средствомъ. Поэтому личность естественно противопоставляетъ интересу власти свои особые, индивидуальные интересы, отстаивая и оберегая ихъ. Это приводитъ къ созданію юридическихъ нормъ, разграничивающихъ сталкивающіеся интересы власти и отдѣльныхъ личностей, такъ что и власть въ своихъ проявленіяхъ является ограничиваемой правомъ. Такое ограниченіе власти правомъ, и притомъ съ развитіемъ общественной жизни, все болѣе и болѣе раз-

вивающееся, есть несомнѣнный историческій фактъ. Нѣтъ правительства, которое бы не признавало за собою хотя какихъ-либо юридическихъ обязанностей, и чѣмъ выше стоитъ политическое развитіе общества, тѣмъ кругъ такихъ обязанностей шире. Но вопросъ въ томъ, какъ объяснить это явленіе постепеннаго ограниченія власти правомъ?

Для сторонниковъ существованія абсолютнаго естественнаго права вопросъ этотъ рѣшался очень просто. Съ ихъ точки зрѣнія личности прирождены права, не зависимыя отъ государства, существующія помимо его, безусловныя и неизмѣнныя, а потому неприкосновенныя и для власти. Въ этихъ-то абсолютныхъ, прирожденныхъ правахъ личности и видѣли основу ограниченія власти правомъ. Уваженіе къ этимъ правамъ для государственной власти являлось тѣмъ необходимѣе, что само государство основывалось на свободномъ договорѣ отдѣльныхъ личностей.

Но такая постановка вопроса должна была пасть вмѣстѣ съ паденіемъ ученія объ естественномъ правѣ. Теперь отвергается существованіе естественнаго права, принимается существованіе только положительнаго права, создаваемаго историческимъ процессомъ развитія человѣческаго общества, въ которомъ государственная власть является однимъ изъ самыхъ важныхъ факторовъ. Какимъ-же образомъ развитіе правосознанія общества, объединеннаго именно подчиненіемъ государственной власти, можетъ привести къ выработкѣ и такихъ юридическихъ нормъ, которыми ограничивается осуществленіе функцій этой власти?

Съ точки зрѣнія волевой теоріи власти, видящей въ государственной власти единую надо всѣмъ въ государствѣ господствующую волю, ограниченіе власти правомъ не можетъ быть объяснено иначе, какъ соображеніями цѣлесообразности. Разъ власть—надо всѣмъ господствующая воля и нѣтъ естественнаго права, которое-бы могло ограничить эту волю, ограниченіе власти правомъ объяснимо только какъ самоограниченіе властвующей воли въ собственномъ интересѣ. Опредѣленнѣе всего эта точка зрѣнія была выражена Іерингомъ. Для него все право вообще, создаваемое исключительно государственною властью, есть лишь политика власти [1]). Поясняя это опредѣленіе, Іерингъ указываетъ прежде всего, что правомѣрность есть первое условіе политической силы. Грубая физическая сила никогда не можетъ имѣть такого значенія, какое имѣетъ сила, дѣйствующая согласно съ указаніемъ разума, соблюдающая извѣстнаго рода политику. Лучшая политика, по мнѣнію Іеринга, есть правомѣрность. Понять это весьма не трудно. Въ самомъ дѣлѣ, государствен-

[1]) Die Gewalt gelangt zum Recht nicht als zu etwas ihr Fremdem, das sie von ausserhalb vom Rechtsgefühl entlehnen und nicht als zu etwas Höheren, dem sie im Gefühl ihren Inferiorität sich unterordnen müsste, sondern sie treibt das Recht als Mass ihrer selbst aus sich heraus das Recht als *Politik Gewalt.*

ная власть, стѣсняя, ограничивая себя, ради правомѣрнаго образа дѣйствія, не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ не укрѣплять себя, потому что это ограниченіе усиливаетъ прежде всего правовое чувство въ обществѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что главная опора всякой государственной власти есть не что иное, какъ высокое развитіе чувства законности. Государственная власть никогда не можетъ опираться исключительно на физическую силу даже потому, что правительство въ каждомъ государствѣ всегда является меньшинствомъ въ обществѣ. Вотъ почему наиболѣе важною опорою для власти является чувство законности: оно побуждаетъ гражданъ исполнять велѣнія законодателя и служитъ гарантіею того, что предписанія закона будутъ исполняться гражданами, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда имъ приходится стѣснять себя въ своихъ отношеніяхъ къ государственной власти. Понятно, что это чувство законности, съ одной стороны, составляетъ основную силу для правительства, заставляя подданныхъ добровольно подчиняться его велѣніямъ, а съ другой стороны, заставляетъ государственную власть ограничивать себя въ своихъ дѣйствіяхъ, потому что деспотическая государственная власть является главнымъ препятствіемъ для развитія чувства законности. Для того, чтобы въ обществѣ сложилось чувство законности, необходимо прежде всего, чтобы законъ исполнялся строго тѣми людьми, которые стоятъ выше всѣхъ въ обществѣ, т. е. органами правительства.

Рядомъ съ указаннымъ соображеніемъ, въ силу котораго правительство, въ видахъ развитія чувства законности, не должно нарушать наиболѣе важныхъ правъ гражданъ, является другое основаніе, въ силу котораго закономѣрная власть является наиболѣе цѣлесообразною и политичною. Рядомъ съ чувствомъ законности второю основою силы всякой государственной власти является правильная организація. Дѣйствительно, правильная организація даетъ большую экономію силы и является такимъ образомъ однимъ изъ основаній силы государственной власти. Между тѣмъ правильная организація въ государствѣ можетъ быть достигнута только подъ условіемъ строгой законности, строгаго подчиненія и органовъ власти разъ установленнымъ законамъ.

Такимъ образомъ, по мнѣнію Іеринга, существуетъ два основанія самоограниченія власти правомъ, а именно: 1) то, что государственная власть, ограничивая самую себя правомъ, тѣмъ самымъ усиливаетъ въ обществѣ чувство законности, которое является главнымъ основаніемъ ея силы, и 2) то, что, устанавливая обязательность юридическихъ нормъ, не только для отдѣльныхъ гражданъ, но и для своихъ органовъ, государственная власть вмѣстѣ съ тѣмъ получаетъ правильную организацію и тѣмъ экономизируетъ свои силы.

Въ этихъ объясненіяхъ Іеринга, безъ сомнѣнія, заключается значительная доля истины. Дальновидные, понимающіе свое положеніе предста-

вители власти, конечно, и въ собственномъ интересѣ ограничиваютъ свое властвованіе, чтобы тѣмъ болѣе упрочить его. Но изъ этого не слѣдуетъ еще, чтобы всѣ явленія ограниченія власти правомъ можно было объяснить, какъ сознательное самоограниченіе власти въ собственномъ интересѣ. Это противорѣчитъ прежде всего самимъ же Іерингомъ выставленному ученію о томъ, что право развивается не само собой, мирно, а какъ результатъ борьбы интересовъ. Если право есть результатъ борьбы противорѣчивыхъ интересовъ, оно не можетъ быть просто самоограниченіемъ власти. Исторія развитія государственнаго порядка дѣйствительно свидѣтельствуетъ намъ, что правомѣрность властвованія, законность управленія лишь въ рѣдкихъ, исключительныхъ случаяхъ установляется свободнымъ актомъ самихъ органовъ власти. Въ большинствѣ случаевъ ограниченіе власти правомъ дается дорогой цѣной упорной борьбы различныхъ элементовъ общества между собой. И во всякомъ случаѣ ограниченіе власти правомъ въ общемъ сознаніи не представляется только вопросомъ цѣлесообразности, слѣдовательно чѣмъ-то факультативнымъ, а, напротивъ признается, должнымъ, обязательнымъ, независящимъ отъ усмотрѣнія отдѣльныхъ конкретныхъ органовъ власти.

Пониманіе власти, какъ силы, обусловленной не волею властвующаго, а сознаніемъ зависимости подвластныхъ, даетъ само собой объясненіе ограниченія осуществленія функцій власти правомъ, какъ объективнаго факта, не зависимаго отъ сознательныхъ разсчетовъ цѣлесообразности со стороны самихъ органовъ власти.

Если властвованіе опирается на сознаніе зависимости гражданъ отъ государства, это не можетъ не опредѣлять содержанія актовъ властвованія, ихъ рамокъ и условій. Они не могутъ тогда опредѣляться исключительно волею властвующаго. Для того, чтобы органъ власти могъ въ своей дѣятельности опереться на сознаніе подчиняющихся ихъ зависимости отъ государства, необходимо, чтобы его дѣйствія находились въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ этимъ сознаніемъ подвластныхъ, съ тѣми представленіями, какія они имѣютъ о государствѣ, объ его отношеніи къ праву; къ личной и общественной свободѣ. Власть государства простирается лишь настолько, насколько граждане сознаютъ себя отъ него зависимыми. Поэтому всякое сознаніе личной или общественной свободы непремѣнно обусловливаетъ соотвѣтственное ограниченіе государственной власти.

Такимъ образомъ ограниченіе власти правомъ установляется не потому только, что дальновидные представители власти сознательно ограничиваютъ себя правомъ гражданъ по соображеніямъ цѣлесообразности, а потому также, и притомъ главнымъ образомъ потому, что сознаніе зависимости отъ государства, служащее основой его власти, никогда не бываетъ безграничнымъ, безусловнымъ, и съ развитіемъ общественной

жизни, съ образованіемъ на ряду съ государствомъ множества другихъ общеній, съ успѣхами международнаго общенія, сознаваемая нами зависимость отъ государства становится все ограниченнѣе и условнѣе. Властвованіе надъ нами государства и ограниченіе этого властвованія правомъ имѣютъ одно и то же общее основаніе—въ нашемъ сознаніи, въ сознаніи зависимости отъ государства и въ сознаніи цѣлаго ряда интересовъ, противопоставляемыхъ интересамъ власти и требующихъ опредѣленнаго съ ними разграниченія.

§ 48. *Совмѣстность властвованія.*

Ворошиловъ. О раздѣленіи властей, 1884. *Fuzier Herman,* La séparation des pouvoirs. *Коркуновъ.* Указъ и законъ. 1894 г., 193—227.

Люди сознаютъ себя зависимыми отъ государства не безусловно и не безгранично и потому, сознавая необходимость подчиненія власти, признаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что органы власти обязаны въ осуществленіи своихъ функцій подчиняться юридическимъ нормамъ, разграничивающимъ, между прочимъ, интересы власти съ другими интересами, составляющими содержаніе общественной жизни. Таково общее и послѣднее основаніе ограниченія власти правомъ. Но въ сколько-нибудь развитомъ государствѣ властвованіе проявляется въ столь многообразной и сложной дѣятельности многочисленныхъ государственныхъ учрежденій, что одного сознанія необходимости ограниченія власти правомъ еще недостаточно, чтобы въ дѣйствительности всѣ акты властвованія совершались правомѣрно. Для этого надо отдѣльные органы власти поставить въ такое положеніе, чтобы, если не сдѣлать вовсе невозможнымъ, то по крайней мѣрѣ по возможности затруднить неправомѣрное съ ихъ стороны осуществленіе функцій власти.

Къ теоретическому выясненію условій достиженія этой цѣли обратились лишь въ новое время, когда въ политическихъ теоріяхъ вообще былъ выдвинутъ на первое мѣсто вопросъ объ отношеніи государственной власти къ индивидуальной свободѣ. Таково именно значеніе извѣстнаго ученія Монтескье о раздѣленіи властей, какъ единственномъ средствѣ обезпеченія свободы.

Изложеніе этого ученія содержится въ XI книгѣ Духа законовъ (1748 г.) „о законахъ, установляющихъ политическую свободу, въ ея отношеніи къ конституціи". Различныя государства, говоритъ Монтескье, преслѣдуютъ разныя цѣли: Римъ—расширеніе владѣній; Спарта—войну; Іудея—религію; Марсель—торговлю; Китай—общественное спокойствіе; Родосъ—мореплаваніе; государства дикихъ—естественную свободу; государства деспотическія—удовольствіе государя; монархіи—славу государя; Польша—независимость каждаго частнаго лица, отчего проис-

текаетъ порабощеніе всѣхъ. Но есть также на свѣтѣ одинъ народъ, прямою цѣлью котораго является политическая свобода. Народъ этотъ—англійскій: онъ выработалъ такую государственную организацію, которою лучше всего обезпечивается свобода.

Въ каждомъ государствѣ имѣются три власти: 1) законодательная, 2) исполнительная, по отношенію къ дѣламъ, опредѣляемымъ международнымъ правомъ, и 3) исполнительная въ отношеніи того, что опредѣляется гражданскимъ правомъ. Въ силу первой власти, издаются законы временные или постоянные; въ силу второй—рѣшается война и миръ, посылаются посольства, обезпечивается безопасность, предотвращаются нашествія; въ силу третьей власти, наказуются преступленія и судятся тяжбы частныхъ лицъ: это власть судебная.

Если въ одномъ и томъ же лицѣ или въ одномъ и томъ же учрежденіи законодательная власть соединена съ исполнительной, то свободы нѣтъ, ибо можно опасаться, что тогда одно и то же учрежденіе будетъ издавать тираническіе законы, чтобы тиранически ихъ исполнять. Нѣтъ также свободы тамъ, гдѣ судебная власть не отдѣлена отъ законодательной и исполнительной. Если бы она была соединена съ законодательной, власть надъ жизнью и свободой гражданъ была бы произвольна, такъ какъ судья былъ бы законодателемъ. Если бы она была соединена съ исполнительной властью, судья могъ бы имѣть власть притѣснителя. Все было бы потеряно, если бы одно и то же лицо или одно и то же учрежденіе, изъ кого бы оно ни состояло, осуществляло всѣ эти три власти. Такое правительство имѣло бы, какъ исполнитель законовъ, такую же полноту власти, какую оно имѣетъ какъ законодатель. Оно могло бы опустошить государство своими общими мѣрами (par ses volontés générales) и, имѣя власть судебную, оно могло бы уничтожить каждаго отдѣльнаго гражданина своими частными рѣшеніями (par ses volontés particulières).

Всякій, имѣющій власть, стремится ею злоупотреблять; онъ всегда простираетъ свою власть такъ далеко, какъ можетъ. Поэтому, для устраненія произвола, необходимо подѣлить власть между различными учрежденіями такъ, чтобы власть одного останавливала, сдерживала власть другого.

Судебная власть не должна быть вручаема постоянному учрежденію, но осуществляема лицами, призываемыми изъ народа въ опредѣленные сроки, чтобы образовать судъ, который существуетъ лишь временно. При этомъ власть столь страшная, не будучи пріурочена ни къ опредѣленному сословію, ни къ опредѣленной профессіи, дѣлается какъ бы невидимой и ничтожной. При такомъ порядкѣ не видятъ постоянно передъ собой судей, и боятся суда, а не судей. Двѣ другія власти, напротивъ, могутъ быть вручены постояннымъ учрежденіямъ, такъ какъ онѣ не имѣютъ дѣла съ отдѣльными частными лицами. Такъ какъ въ свобод-

номъ государствѣ каждый человѣкъ, имѣющій свободную душу, долженъ управлять самъ собой, то законодательная власть должна бы принадлежать всему народу; но такъ какъ это въ большихъ государствахъ невозможно, а въ малыхъ представляетъ большія неудобства, то надо, чтобы народъ осуществлялъ ее чрезъ своихъ представителей. Но въ каждомъ государствѣ есть люди, выдающіеся по своему происхожденію, богатству, славѣ. Если бы они были смѣшаны съ массой населенія, и если бы они имѣли лишь такой же голосъ, какой и другіе, общая свобода была бы ихъ рабствомъ и они не имѣли бы никакого интереса отстаивать ее. Участіе ихъ въ законодательной власти должно быть пропорціонально другимъ преимуществамъ, какими они пользуются въ государствѣ; а это будетъ достигнуто, если они образуютъ особую палату, которая имѣла бы право останавливать рѣшенія палаты представителей, точно такъ же, какъ и палата представителей — ея рѣшенія. Такимъ образомъ законодательная власть должна быть вручена совмѣстно и палатѣ вельможъ и палатѣ представителей. Это представляетъ еще одно удобство: такъ какъ судебная власть какъ бы уничтожается, будучи лишена постояннаго представителя, то остаются только двѣ власти, законодательная и исполнительная, и онѣ нуждаются въ третьей, регулирующей власти, которая бы ихъ умѣряла. Эту функцію съ большимъ успѣхомъ можетъ выполнить верхняя палата. Власть исполнительная должна быть въ рукахъ одного монарха, такъ какъ эта власть, требующая быстраго дѣйствія, лучше можетъ быть осуществляема однимъ, нежели многими.

Эта теорія Монтескье сдѣлалась очень скоро весьма популярной. Не оставаясь только теоріей, она была перенесена и въ практическую жизнь и послужила главнымъ руководящимъ началомъ для составленія американскихъ и европейскихъ конституцій конца прошлаго и начала настоящаго столѣтій. Но весьма скоро именно эти практическія попытки послѣдовательнаго проведенія начала раздѣленія властей, оказавшіяся на дѣлѣ неосуществимыми, привели къ сомнѣніямъ въ безусловной правильности теоріи Монтескье. Къ тому же и болѣе внимательное изученіе самой англійской конституціи показало, что и тамъ нѣтъ того строгаго обособленія трехъ властей, какое думалъ найти авторъ „Духа законовъ". Парламентъ на дѣлѣ далеко не ограничивается одной законодательной функціей, а распространяетъ свое непосредственное вліяніе на все государственное управленіе. Все это привело къ разнообразнымъ попыткамъ исправить теорію Монтескье. Изъ нихъ наиболѣе заслуживающими вниманія представляются ученія Б. Констана и Гегеля.

Констанъ полагалъ, что органомъ исполнительной власти являются только министры, а король есть органъ особой умѣряющей власти (pouvoir moderateur) [1]. Король занимаетъ особое мѣсто, выше различія мнѣній, не

---

[1]) *Constant,* Principes de politique, 1815, ch. II.

имѣя другого интереса, какъ поддерживать порядокъ, свободу, оставаясь недоступнымъ никакой страсти. Высокое положеніе монарха должно сообщать ему спокойствіе и вселять въ его душу такое чувство мира (sentiment de repos), какое не можетъ выпасть на долю никакому лицу, занимающему низшее положеніе. Онъ паритъ (plane), такъ сказать, надъ человѣческими треволненіями и верхъ совершенства (chef d'oeuvre) политической организаціи заключается именно въ томъ, что такимъ образомъ, въ средѣ несогласій, безъ которыхъ не существуетъ никакая свобода, создается неприкосновенная сфера твердости (securité), величія, безпристрастности, позволяющая этимъ несогласіямъ, раздорамъ развиваться безопасно, покуда они не нарушаютъ извѣстныхъ границъ, и прекращающая ихъ законными способами, какъ только эти границы будутъ нарушены. Такъ, когда опасность является со стороны министровъ, король смѣняетъ ихъ. Грозитъ ли упорнымъ сопротивленіемъ наслѣдственная палата, король назначаетъ новыхъ пэровъ. Принимаетъ ли угрожающее положеніе палата общинъ, король ее распускаетъ. Наконецъ, противъ несправедливости актовъ судебной власти, у короля имѣется средство въ правѣ помилованія.

Гегель, подобно Констану, выдѣляя короля, какъ особую объединяющую власть, полагалъ, что судебная и исполнительная власти должны быть разсматриваемы какъ подраздѣленія одной и той же власти. Исходя изъ противоположенія категорій общаго и частнаго, онъ признавалъ, кромѣ королевской, только двѣ власти: власть опредѣлять общее, или власть законодательную и власть подведенія частныхъ случаевъ подъ общее правило—власть правительственную, дѣйствующую какъ судъ и какъ администрація [1]).

Едва ли, однако, въ такихъ попыткахъ исправленія принятой у Монтескье классификаціи функцій властвованія можно видѣть дѣйствительное развитіе научной теоріи.

Такъ, прежде всего, никакъ нельзя согласиться съ необходимостью соединенія во-едино исполнительной и судебной функцій. Уже послѣдовательный ходъ историческаго развитія государственной жизни говоритъ противъ такого признанія судебной власти лишь частной отраслью исполнительной. Судебная власть отдѣляется отъ исполнительной раньше, чѣмъ законодательная, такъ что съ генетической точки зрѣнія скорѣе законодательную и исполнительную можно разсматривать какъ развѣтвленія единой правительственной власти. Къ тому же разграниченіе функцій законодательства и исполненія проводятся съ гораздо меньшею строгостью, чѣмъ разграниченіе судебной функціи отъ законодательной и исполнительной. Законодательная власть нерѣдко уполномочиваетъ испол-

---

[1]) Grundlinien der Philosophie des Rechts §§ 273 und ff.

нительную власть за нее осуществлять законодательныя функціи, но никогда не даетъ такихъ полномочій суду.

Въ самомъ характерѣ функцій гораздо больше сходства между законодательной и исполнительной, нежели между исполнительной и судебной властью. Законодательство, какъ и исполненіе, имѣетъ дѣло съ будущимъ. Они призваны созидать нѣчто новое, имѣютъ творческій характеръ. Судебная власть, напротивъ, имѣетъ дѣло съ прошлымъ. Ея дѣло не установлять новое право, а только охранять существующее. Характеръ судебной дѣятельности поэтому существенно консервативный. Затѣмъ, судъ руководится въ своей дѣятельности исключительно началами права, законодательство и исполненіе, напротивъ, главнымъ образомъ—началами цѣлесообразности. Право для нихъ служитъ только внѣшней границей, но не началомъ, опредѣляющимъ внутреннее содержаніе ихъ дѣятельности.

Это различіе функцій отражается и на организаціи учрежденій, призванныхъ ихъ осуществлять. И въ организаціи учрежденій гораздо больше сходства между законодательными и исполнительными, чѣмъ между исполнительными и судебными. Въ основу организаціи судебныхъ установленій кладется начало ихъ независимости, и притомъ какъ отъ правительства, такъ и отъ общества, потому что только при этомъ условіи судъ можетъ въ своей дѣятельности руководствоваться исключительно началами права. Законодательныя и исполнительныя учрежденія организуются такъ, что являются зависимыми. Народное представительство и организація самоуправленія установляютъ зависимость отъ общества. Министерская отвѣтственность установляетъ зависимость исполненія отъ законодательства. Наконецъ, вся организація административныхъ учрежденій построена на внутренней іерархической зависимости отдѣльныхъ органовъ, такъ что низшій дѣйствуетъ по прямымъ указаніямъ высшихъ. Судебныя же установленія всѣ, даже самыя низшія, постановляютъ свои рѣшенія совершенно самостоятельно, ничьимъ указаніямъ не подчиняясь.

Особенности судебной дѣятельности такъ характерны, что привели къ выдѣленію особой науки, имѣющей своимъ предметомъ судоустройство и судопроизводство. Напротивъ, изученіе организаціи законодательной и исполнительной власти никогда и нигдѣ не выдѣляются въ особыя науки и всегда изучаются совмѣстно, составляя содержаніе одной и той же науки государственнаго права.

Дополненіе принятой Монтескье классификаціи особою умѣряющею и объединяющею властью приводитъ собственно къ совершенному отрицанію основной идеи Монтескье: умѣренія властвованія посредствомъ распредѣленія отдѣльныхъ его функцій между различными учрежденіями. Монтескье утверждаетъ, что именно такое распредѣленіе оказываетъ умѣ-

ряющее дѣйствіе и даетъ въ результатѣ гармонію. Если это такъ, существованію особой умѣряющей и объединяющей функціи не можетъ быть мѣста. Гармоничность и умѣренность властвованія, по ученію Монтескье, достигается только надлежащимъ распредѣленіемъ отдѣльныхъ функцій властвованія. Поэтому и рѣшеніе вопроса о томъ, возможно ли существованіе особой объединяющей и умѣряющей функціи властвованія, всецѣло зависитъ отъ того, вѣрна основная идея Монтескье или нѣтъ. Между тѣмъ, именно вопросъ объ обезпеченіи свободы надлежащимъ распредѣленіемъ функцій властвованія послѣ Монтескье вовсе не подвергался дальнѣйшей разработкѣ и выясненію.

Самъ Монтескье выразилъ эту идею не въ общей, а въ частной формѣ. Отправляясь отъ установившейся изстари троичной классификаціи функцій властвованія, онъ говоритъ, что свобода обезпечивается обособленіемъ именно *этихъ* и *только* этихъ трехъ функцій. А послѣдователи Монтескье еще усилили эту связь его идеи съ данной классификаціей функцій властвованія, пытаясь философски обосновать ее какъ нѣчто необходимое, безусловное, всегда и вездѣ существующее.

Эти попытки должны быть признаны въ корнѣ своемъ ошибочными. Элементы государственнаго властвованія не могутъ быть сведены къ какой бы то ни было абсолютной, неподвижной схемѣ. Элементы властвованія, его функціи образуются и развиваются вмѣстѣ съ развитіемъ государственной жизни. Они представляютъ собою не логическое расчлененіе отвлеченнаго понятія власти, а постепенную дифференціацію государственнаго властвованія, какъ конкретнаго явленія. Три власти, которыя различаетъ Монтескье, не составляютъ необходимой принадлежности каждаго государства. Когда юридическій бытъ опредѣлялся всецѣло обычаемъ, законодательства вовсе не было. Эта функція вовсе не осуществлялась тогда государствомъ. Она является лишь современемъ, какъ слѣдствіе большаго развитія государственной жизни. Но, конечно, и на такомъ обособленіи трехъ функцій развитіе государственной жизни не останавливается. Чѣмъ шире разрастается дѣятельность государства, чѣмъ сложнѣе становятся его задачи, тѣмъ разнообразнѣе оказываются и формы властвованія, его элементы функціи. Было время, когда государственное властвованіе вовсе не выражалось въ установленіи общихъ правилъ; теперь государство установляетъ ихъ не въ одной только формѣ, а во многихъ разнообразныхъ: въ конституціяхъ, законахъ, указахъ.

Если съ развитіемъ государственной жизни развиваются и осложняются и самыя функціи государственнаго властвованія, то, конечно, нельзя связывать обезпеченія свободы и законности съ распредѣленіемъ лишь трехъ опредѣленныхъ функцій власти. Свобода обезпечивается надлежащимъ распредѣленіемъ не тѣхъ или другихъ опредѣленныхъ функцій властвованія, а вообще распредѣленіемъ между различными

учрежденіями отдѣльныхъ функцій власти, какъ бы онѣ ни развѣтвлялись въ каждый данный моментъ историческаго развитія государства.

Не въ частныхъ поправкахъ, а именно въ такомъ обобщеніи нуждается теорія Монтескье, чтобы стать теоріей, дѣйствительно объясняющей все пестрое разнообразіе формъ распредѣленія функцій властвованія между различными учрежденіями.

Монтескье представляетъ дѣло такъ, будто взаимное сдерживаніе органовъ власти возможно только при распредѣленіи между ними различныхъ функцій власти и притомъ именно только трехъ опредѣленныхъ функцій: законодательства, исполненія, суда. Между тѣмъ, ни съ тѣмъ, ни съ другимъ нельзя согласиться.

Нельзя прежде всего признать, чтобы взаимное сдерживаніе органовъ власти, обезпечивающее въ государствѣ свободу, установлялось только при распредѣленіи между ними различныхъ функцій власти. Почему, въ самомъ дѣлѣ, взаимное сдерживаніе органовъ власти обезпечиваетъ свободу? Потому, говоритъ Монтескье, что каждый имѣющій власть склоненъ ею злоупотреблять: для того, чтобы нельзя было злоупотреблять властью, надо, чтобы власть сдерживала власть. Но злоупотребленіе властью состоитъ, конечно, въ томъ, что органъ власти осуществляетъ предоставленную ему функцію власти не въ интересахъ государственнаго порядка, а въ своемъ личномъ интересѣ. При такомъ осуществленіи функціи власти зависимость отъ государства превращается въ личную зависимость отъ органовъ власти и этимъ, конечно, нарушается свобода гражданъ, такъ какъ они оказываются зависимыми уже не отъ объективныхъ условій общественной жизни, приводящихъ къ зависимости человѣка отъ государства, а отъ субъективнаго произвола отдѣльныхъ органовъ власти, эксплоатирующихъ дѣйствіе государственной власти въ своемъ личномъ интересѣ.

Нельзя безусловно устранить возможность такихъ злоупотребленій. Осуществленіе функцій государственной власти невозможно иначе, какъ чрезъ посредство органовъ, составленныхъ изъ людей, никогда не чуждыхъ своихъ личныхъ страстей, интересовъ, стремленій. Поэтому всегда возможно въ дѣятельности органовъ власти столкновеніе личныхъ интересовъ съ общими интересами государственнаго порядка и всегда имѣется опасность, что личные интересы, какъ болѣе близкіе, болѣе живые, болѣе непосредственно вліяющіе на людей, возобладаютъ надъ государственными, какъ болѣе отдаленными и отвлеченными. Измѣнить человѣческую природу, искоренить изъ человѣческой души личные страсти и интересы, конечно, невозможно. Обезпеченія общихъ государственныхъ интересовъ приходится поэтому искать въ такой организаціи государственнаго управленія, чтобы разнообразныя и противорѣчивыя личныя стремленія людей сами парализовали другъ друга. Эта цѣль можетъ быть

достигнута, если осуществленіе функцій власти будетъ ввѣрено не одному лицу, а многимъ совмѣстно, такъ, чтобы ни одинъ значительный актъ властвованія не зависѣлъ исключительно отъ чьей-нибудь индивидуальной личной воли. У разныхъ лицъ личные интересы обыкновенно различны и потому, стремясь каждый къ осуществленію своего особаго личнаго интереса, они будутъ противодѣйствовать другъ другу и тѣмъ ослаблять вліяніе одностороннихъ личныхъ интересовъ, которые будутъ, въ силу ихъ противорѣчія, какъ бы взаимно уничтожаться. Общіе же государственные интересы будутъ одинаковы у всѣхъ и потому въ совмѣстной дѣятельности многихъ они не парализуются, а, напротивъ, освобождаются отъ противодѣйствія взаимно уничтожавшихся личныхъ интересовъ, получаютъ тѣмъ большее вліяніе.

Но такой результатъ достигается не только при осуществленіи различными органами различныхъ функцій власти, но точно также и при осуществленіи различными органами совмѣстно одной и той же функціи. Сдерживаютъ другъ друга не только законодательные, правительственные и судебные органы, но точно такъ же и два римскихъ консула, надѣленныхъ совершенно одинаковыми полномочіями власти. Каждый изъ нихъ, именно въ силу того, что оба они были надѣлены одинаково равною властью, могъ остановить дѣйствія и распоряженія другого. Слѣдовательно, хотя оба консула выполняли одну и ту же функцію, между ними существовало раздѣленіе власти, приводившее къ ихъ взаимному сдерживанію другъ друга.

Такой же въ сущности характеръ имѣетъ и соотношеніе въ современныхъ конституціонныхъ государствахъ двухъ палатъ парламента, съ тѣмъ только отличіемъ, что постановленіе одной палаты ни въ какомъ случаѣ само по себѣ недостаточно, а требуется непремѣнно согласное постановленіе обѣихъ палатъ.

Въ приведенныхъ примѣрахъ одна и та же функція осуществляется, нѣсколькими органами совмѣстно такъ, что всѣ совмѣстно властвующіе органы пользуются одинаковой, равной властью. Между ними нѣтъ соподчиненія. Но бываетъ и такъ, что различные органы, осуществляющіе совмѣстно одну и ту же функцію, находятся другъ къ другу въ отношеніи соподчиненія. Такой характеръ имѣетъ соотношеніе соподчиненныхъ другъ къ другу инстанцій, осуществляющихъ одну и ту же функцію власти. И тутъ имѣется совмѣстное осуществленіе одной и той же функціи многими органами, но съ тою особенностью, что только высшія инстанціи могутъ остановить дѣйствія низшихъ, а не наоборотъ, и что дѣятельность инстанціи не одновременная, а послѣдовательная. Но, конечно, и различныя инстанціи, надѣленныя различной степенью власти, но одинаковой компетенціей, сдерживаютъ другъ друга въ своей дѣятельности.

Такимъ образомъ взаимное сдерживаніе отдѣльныхъ органовъ власти получается не только при осуществленіи различныхъ функцій власти различными органами, но точно также и при совмѣстномъ осуществленіи одной и той же функціи нѣсколькими органами. Однако и этимъ еще не исчерпываются возможные способы установить взаимное сдерживаніе тѣхъ воль, которыми опредѣляется и направляется дѣйствіе государственной власти.

Органы власти обыкновенно представляются учрежденіями, состоящими изъ нѣсколькихъ личностей. Даже при единоличной организаціи учрежденій обыкновенно только собственно рѣшающая власть принадлежитъ одному лицу, обставленному, однако, болѣе или менѣе значительнымъ числомъ другихъ, содѣйствующихъ ему въ осуществленіи его функцій. Рѣшающему органу содѣйствуютъ совѣщательные, докладывающіе, исполняющіе органы, состоящіе всегда изъ нѣсколькихъ лицъ. Степень вліянія каждаго отдѣльнаго лица на дѣятельность учрежденія опредѣляется какъ его устройствомъ, напр., коллегіальнымъ или единоличнымъ, такъ и порядкомъ дѣлопроизводства. Вліяніе отдѣльныхъ членовъ коллегіи мѣняется, напримѣръ, въ зависимости отъ того, какъ рѣшаются дѣла: единогласно или по большинству голосовъ, относительнымъ большинствомъ или абсолютнымъ, простымъ или квалифицированнымъ, открытымъ голосованіемъ или тайной баллотировкой. При одномъ и томъ же составѣ коллегіи могутъ получиться неодинаковыя рѣшенія, если будетъ примѣненъ различный порядокъ дѣлопроизводства. Точно также и различныя формы участія различныхъ содѣйствующихъ органовъ, совѣщательныхъ и докладывающихъ, не могутъ не вліять въ извѣстной степени на характеръ рѣшенія, постановляемаго рѣшающимъ органомъ. Такъ, хотя, напр., у насъ всѣ дѣла верховнаго управленія разрѣшаются властью монарха, но всетаки на дѣлѣ имѣетъ большое значеніе, какъ дѣло будетъ направлено: чрезъ государственный совѣтъ, чрезъ комитетъ министровъ или личнымъ докладомъ отдѣльнаго министра. Характеръ рѣшенія въ значительной степени опредѣляется тѣмъ, въ какомъ освѣщеніи дѣло будетъ представлено содѣйствующими органами.

И такъ, когда въ одномъ и томъ же учрежденіи примѣняются различныя формы дѣлопроизводства, рѣшенія получаются въ зависимости отъ того не одинаковыя. Искусственно образуемая воля учрежденія какъ бы дробится. У одного и того же учрежденія, но дѣйствующаго различнымъ порядкомъ, получается, т. ск., нѣсколько различныхъ воль. И явленіе это объясняется, конечно, тѣмъ, что при различныхъ формахъ дѣлопроизводства преобладающее вліяніе на рѣшеніе получаютъ то тѣ, то другія лица, входящія въ составъ учрежденія и имѣющія различные убѣжденія и интересы. Поэтому, когда различные вопросы, входящіе

въ кругъ компетенціи даннаго учрежденія, разрѣшаются ими различнымъ порядкомъ, этимъ также установляется своего рода взаимное сдерживаніе различныхъ воль, взаимодѣйствіемъ которыхъ опредѣляется дѣятельность учрежденія. Тутъ получается также своего рода раздѣленіе полномочій власти, но уже не между различными учрежденіями, а въ одномъ и томъ же органѣ, между различными порядками его дѣятельности.

Подобнаго рода раздѣленіе полномочій власти въ одномъ и томъ же органѣ, приводящее, однако, также къ взаимному сдерживанію, имѣется, напримѣръ, въ тѣхъ случаяхъ, когда изданіе и конституціонныхъ, и обыкновенныхъ законовъ ввѣряется одному и тому же законодательному учрежденію, но только различнымъ порядкомъ. Полнотѣ законодательной власти парламента тутъ не установляется ограниченій, изданіе конституціонныхъ законовъ не обособляется какъ функція другого органа власти. Но всетаки измѣненіе конституціонныхъ законовъ этимъ затрудняется и тѣмъ самымъ установляется извѣстная сдержка законодательной дѣятельности парламента.

Такой же характеръ имѣютъ и тѣ случаи, когда въ абсолютной монархіи для изданія законовъ установляется особый порядокъ, отличающійся отъ того, какъ издаются другія высочайшія повелѣнія. Абсолютный монархъ обладаетъ такою же полнотою власти, какъ и парламентъ, надѣленный и учредительной властью. Но разъ силу закона получаютъ лишь тѣ повелѣнія монарха, которыя изданы особо опредѣленнымъ для того порядкомъ, это всетаки вноситъ въ осуществленіе его власти нѣкоторую внутреннюю сдержку, обезпечивая нѣкоторое вліяніе на изданіе законовъ, напр., того совѣщательнаго учрежденія, мнѣніе котораго должно быть предварительно выслушано по каждому законодательному вопросу.

Итакъ, взаимное сдерживаніе воль, участвующихъ въ распоряженіи государственной власти, можетъ быть установлено не однимъ только способомъ—раздѣленіемъ различныхъ функцій между различными органами, а тремя способами: раздѣленіемъ отдѣльныхъ функцій между различными органами, совмѣстнымъ осуществленіемъ одной и той же функціи нѣсколькими органами и осуществленіемъ различныхъ функцій однимъ органомъ, но различнымъ порядкомъ.

Такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ взаимное сдерживаніе получается вслѣдствіе той или другой формы совмѣстнаго участія въ осуществленіи актовъ властвованія нѣсколькихъ различныхъ воль, то всѣ эти случаи можно подвести подъ одно общее понятіе *совмѣстности властвованія.* Взаимное сдерживаніе въ актахъ властвованія достигается посредствомъ совмѣстности властвованія, осуществляемой въ трехъ указанныхъ формахъ.

Различныя формы совмѣстности властвованія не съ одинаковой си-

лой установляютъ взаимное сдерживаніе воль, распоряжающихся государственной властью. Съ наибольшей силой такое сдерживаніе проявляется при совмѣстномъ осуществленіи нѣсколькими органами одной и той же функціи. При этомъ каждый изъ органовъ обладаетъ совершенно одинаковыми полномочіями власти и потому каждый актъ одного изъ нихъ можетъ быть задержанъ другимъ. Когда различныя функціи осуществляются различными органами, взаимное ихъ сдерживаніе принимаетъ менѣе прямой характеръ. Полномочія другъ друга сдерживающихъ органовъ тутъ уже не одни и тѣ-же, а разнородныя. Каждый изъ органовъ въ осуществленіи своей функціи является вполнѣ самостоятельнымъ, свободнымъ и взаимное ихъ сдерживаніе установляется не прямо, а косвенно, въ зависимости отъ того, насколько осуществленіе распредѣленныхъ между ними отдѣльныхъ функцій власти другъ другомъ обусловлено. Такъ, напримѣръ, при отдѣленіи законодательной власти отъ исполнительной, исполнительная власть въ своей дѣятельности лишь настолько сдерживается законодательной властью, насколько самое исполненіе обусловлено законодательствомъ. Въ осуществленіи своихъ дискреціонныхъ полномочій исполнительная власть свободна отъ такой сдержки. Еще болѣе мягкую форму принимаетъ взаимное сдерживаніе, когда однимъ и тѣмъ же органомъ различныя функціи осуществляются различнымъ порядкомъ. Въ этомъ случаѣ взаимное сдерживаніе получаетъ характеръ не противопоставленія другъ другу вполнѣ самостоятельныхъ воль, а только взаимнаго ихъ вліянія, при чемъ воли эти могутъ, какъ, напримѣръ, при соотношеніи рѣшающихъ и содѣйствующихъ органовъ, и не быть равноправными, а находиться въ отношеніи соподчиненія.

Указанныя три формы совмѣстности властвованія могутъ быть и соединяемы одна съ другой, образуя разнообразныя комбинаціи и порождая тѣмъ большую пестроту въ функціяхъ отдѣльныхъ органовъ. Обособленныя функціи власти могутъ быть самыми разнообразными способами распредѣляемы между различными органами, такъ что у одного и того же органа могутъ оказаться весьма разнородныя функціи. Это противорѣчитъ спеціализаціи дѣятельности отдѣльныхъ органовъ, но не ослабляетъ вовсе ихъ взаимнаго сдерживанія. Мы показали ужъ, что совмѣстность властвованія есть начало прямо противоположное раздѣленію труда. Поэтому она вовсе не предполагаетъ непремѣнно спеціализаціи функцій органовъ власти, такъ чтобы отдѣльный органъ осуществлялъ только строго однородныя функціи. Сложная совмѣстность предполагаетъ лишь расчлененіе отдѣльныхъ актовъ властвованія на ихъ составные элементы и осуществленіе различныхъ элементовъ одного и того же акта властвованій непремѣнно различными органами, такъ чтобы они сдерживали другъ друга. Но при этомъ возможно,

что одинъ и тотъ же органъ будетъ въ различныхъ случаяхъ выполнять совершенно разнородныя функціи. Если, напр., законодательный органъ, кромѣ изданія законовъ, пользуется правомъ утвержденія бюджета и привлеченія министровъ къ отвѣтственности, функціи его, конечно, дѣлаются менѣе однородными, спеціализація ослабляется, но случаи проявленія взаимнаго сдерживанія отдѣльныхъ органовъ власти умножаются, такъ какъ въ большомъ числѣ вопросовъ требуется при этомъ согласіе исполнительной и законодательной власти. Такое же значеніе имѣетъ и участіе, напр., главы исполнительной власти въ законодательствѣ, посредствомъ осуществленія права вето. Его функціи становятся отъ того менѣе однородными, но возможность взаимнаго сдерживанія законодательнаго и исполнительнаго органа расширяется.

Такимъ образомъ, при возведеніи начала раздѣленія властей къ болѣе общему началу совмѣстности властвованія, явленія дѣйствительной политической жизни, не согласимыя съ раздѣленіемъ властей, противорѣчащія ему, оказываются вполнѣ объяснимыми обобщеннымъ началомъ совмѣстнаго властвованія.

Нѣтъ ни одного государства, гдѣ бы законодательство, исполненіе, судъ были строго обособлены другъ отъ друга. И въ тѣхъ государствахъ, конституціи которыхъ провозглашаютъ безусловное раздѣленіе властей, на дѣлѣ оно не могло осуществиться. Исполнительная власть вездѣ не только исполняетъ законы, но и сама установляетъ общія правила, не исключая юридическихъ нормъ, осуществляетъ и нѣкоторыя судебныя функціи. Законодательныя учрежденія издаютъ не одни законы въ матеріальномъ смыслѣ, а также и административныя распоряженія, только облеченныя въ форму законодательныхъ актовъ, и, кромѣ того, пользуются всегда и нѣкоторой долей судебной власти. Все это находится въ прямомъ противорѣчіи съ принципомъ обособленія трехъ властей. Но общее начало совмѣстности властвованія объясняетъ собою и эти явленія, какъ частные случаи разнообразныхъ проявленій совмѣстности властвованія.

КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ.

Положительное право.

ГЛАВА I.

Источники положительнаго права.

§. 49. Понятіе положительнаго права.

Существующее между людьми постоянное общеніе приводитъ къ объективированію нашего правосознанія. Юридическія нормы, первоначально

вырабатываемыя субъективнымъ сознаніемъ, подъ вліяніемъ условій общественной жизни получаютъ внѣшнее объективное выраженіе въ сложившихся обычаяхъ, въ установившейся судебной практикѣ, въ издаваемыхъ органами государственной власти законахъ. Всѣ эти внѣшнія формы права въ своемъ существованіи уже не зависятъ отъ субъективнаго сознанія. Обычаи, судебная практика, законодательство представляются нашему сознанію, какъ нѣчто объективно данное, отъ нашего сознанія не зависящее. Самыя измѣненія законовъ, обычаевъ, судебной практики, какъ явленій общественной жизни, совершаются не по законамъ явленій субъективнаго духа, а по особымъ законамъ общественности. Между тѣмъ и съ образованіемъ обычаевъ, судебной практики и законовъ субъективное правосознаніе не уничтожается. Оно продолжаетъ развиваться, какъ необходимое проявленіе индивидуальной психической жизни, и, какъ болѣе подвижное и подчиненное своимъ особымъ законамъ, не можетъ не расходиться съ выразившимся въ объективныхъ формахъ правомъ. Отсюда получается неизбѣжно нѣкоторое раздвоеніе права: юридическимъ нормамъ, выразившимся въ обычаяхъ, судебной практикѣ, законодательствѣ, нормамъ *положительнаго права,* противополагается свободно развивающееся субъективное правосознаніе.

Такое раздвоеніе, выражающееся въ противоположеніи положительнаго права и субъективнаго правосознанія, проявляется не въ одномъ только правѣ, а сказывается подъ вліяніемъ условій общественности во всѣхъ сторонахъ человѣческой жизни. Съ развитіемъ общественности, на ряду съ субъективными условіями человѣческой дѣятельности, личными качествами, личнымъ знаніемъ, личною опытностью, все большее и большее значеніе получаютъ объективныя условія такъ называемой *культуры,* т. е. именно совокупность условій, создаваемыхъ постепеннымъ, преемственнымъ общественнымъ развитіемъ условій, представляющихъ собою все то, что накоплено совокупной работой смѣнявшихъ другъ друга прошлыхъ поколѣній, и слѣдовательно являющихся какъ бы капитализаціей ихъ общей дѣятельности. Но возрастающее значеніе культуры, этого историческаго наслѣдія всего пережитаго обществомъ, не можетъ заслонить собою значенія индивидуальнаго, личнаго, этого залога дальнѣйшаго развитія. Плодотворная дѣятельность возможна только согласно условіямъ исторически выработавшейся культуры, но творческимъ дѣятелемъ всегда является отдѣльная личность. Культура—это какъ бы капиталъ, накопляемый трудомъ и не могущій самъ собой безъ приложенія къ нему труда производить новыхъ цѣнностей. Поэтому поддержаніе и развитіе культуры обусловлено субъективными условіями.

Положительное право есть только одинъ изъ элементовъ общественной культуры, и какъ вся вообще культура, представляясь наслѣдіемъ прошлаго, продуктомъ уже пережитаго, никогда не можетъ замѣнить со-

бою и уничтожить субъективнаго правосознанія, вызываемаго и направляемаго непосредственными потребностями текущей жизни, и потому обусловливающаго жизненное значеніе и дальнѣйшее развитіе самаго положительнаго права. Представить себѣ юридическій быть, который бы опредѣлялся однимъ положительнымъ правомъ безъ всякаго участія субъективнаго правосознанія, такъ же невозможно, какъ представить себѣ господство положительной религіи безъ религіознаго чувства, нравственности—безъ сознанія нравственнаго долга, народнаго хозяйства—безъ личной производительной дѣятельности.

Положительное право необходимо обусловлено субъективнымъ правосознаніемъ, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно, какъ наслѣдіе прошлаго, никогда не можетъ вполнѣ совпадать съ субъективнымъ правосознаніемъ наличнаго поколѣнія. Въ положительномъ правѣ всегда многое представляется устарѣлымъ, но отвѣчающимъ современнымъ потребностямъ, современнымъ понятіямъ о справедливости, о взаимномъ соотношеніи сталкивающихся интересовъ. Вотъ почему положительное право кажется инымъ какою-то наслѣдственною болѣзнью человѣческаго общества [1]). Во всякомъ случаѣ, подчиненіе людскихъ отношеній нормамъ положительнаго права очень часто даетъ себя чувствовать, какъ нѣкоторое стѣсненіе, и нѣсколько задерживаетъ свободное развитіе общественной жизни.

Однако, эти темныя стороны господства положительнаго права съ избыткомъ выкупаются другими, выгодными его сторонами.

Прежде всего, положительное право представляетъ тѣ же выгоды, что и всѣ вообще условія культуры. Пользуясь для регулированія нашихъ взаимныхъ отношеній положительнымъ правомъ, мы тѣмъ самымъ пользуемся тѣмъ, что выработано цѣлымъ рядомъ смѣнявшихся поколѣній. Индивидуальное субъективное правосознаніе не можетъ охватить собою всего разнообразія возможныхъ правоотношеній. Я могу выработать самъ сознательно нормы разграниченія интересовъ лишь для весьма небольшого числа случаевъ, мнѣ ближе извѣстныхъ, а игра случая легко можетъ поставить меня въ отношенія, совершенно мною непредвидѣнныя. Положительное право, какъ продуктъ коллективнаго, вѣкового опыта, всегда оказывается несравненно полнѣе и богаче содержаніемъ всякаго субъективнаго правосознанія. Мысль о возможности обойтись безъ вырабатываемаго длиннымъ рядомъ смѣняющихся поколѣній положительнаго права могла явиться только при господствѣ вѣры въ естественное право, какъ установленную самой природой полную законченную систему юридическихъ нормъ. Это вѣчное, абсолютное право должно было казаться, конечно, полнѣе постепенно развивающагося положительнаго права. Но разъ мы знаемъ, что никакого естественнаго права нѣтъ и

[1]) Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ewige Krankheit fort (Göthe).

положительному праву можемъ противопоставить только наше субъективное правосознаніе, также возникающее и развивающееся во времени, подъ вліяніемъ условій нашей жизни, невозможность ничѣмъ замѣнить всю полноту содержанія положительнаго права дѣлается совершенно очевидной.

Къ этому преимуществу большей *полноты* присоединяется еще и большая *общность* положительнаго права. Юридическія нормы разграничиваютъ мои интересы съ интересами другихъ людей, поэтому для своего дѣйствія онѣ должны быть имъ извѣстны и признаны ими. Конечно, такъ какъ субъективное правосознаніе складывается не безъ вліянія соціальныхъ условій, то и оно представляетъ нѣкоторую общность. Но эта общность крайне условна и ограничена множествомъ индивидуальныхъ особенностей и неудержимой измѣнчивостью каждаго личнаго сознанія. Поэтому общность субъективнаго правосознанія ограничивается весьма небольшимъ кругомъ лицъ и представляется весьма неустойчивой. Между тѣмъ, при все расширяющемся общеніи между людьми, приходится вступать въ юридическія отношенія со все болѣе широкимъ и разнообразнымъ кругомъ лицъ и потому требуются такія юридическія нормы, которыя бы были всѣ имъ извѣстны и всѣми ими признавались какъ обязательныя, а этому условію удовлетворяетъ только положительное право.

Конечно, и положительное право разнообразно и измѣнчиво, зависитъ отъ условій мѣста и времени, но эта зависимость выражается во внѣшнихъ, объективно опредѣлимыхъ признакахъ, и потому положительное право отличается и большею *опредѣленностью*. Измѣненія субъективнаго правосознанія совершаются неуловимо и часто ничѣмъ не выражаются во внѣ. Напротивъ, измѣненія обычая, судебной практики, законодательства представляются внѣшними, объективными, легко распознаваемыми фактами. Поэтому, только положительному праву примѣнимо то начало, что оно предполагается въ сферѣ его дѣйствія всѣмъ извѣстнымъ. На этомъ началѣ основано правило, что невѣдѣніемъ закона никто отговариваться не можетъ, что ошибка въ правѣ не устраняетъ отвѣтственности: error juris semper nocet.

§ 50. *Основа дѣйствія положительнаго права.*

Основа дѣйствія права вообще лежитъ въ жизненныхъ условіяхъ общежитія. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что право дѣйствуетъ въ человѣчествѣ, какъ необходимое и единственное средство установить хотя нѣкоторую гармонію постоянно сталкивающихся индивидуальныхъ интересовъ, не разрушая общества и не отдавая въ жертву интересамъ общественнаго порядка самостоятельности отдѣльныхъ людей и ихъ свободу.

Держась другихъ воззрѣній на самое существо права, приходимъ и къ соотвѣтственному измѣненію этого отвѣта. Такъ Шталь говоритъ, что „Gottes Ordnung ist der Grund des Ansehens des Rechts“. Для Канта основа обязательности права вообще лежитъ въ его разумности. Для Бентама—въ возможно большей полезности—возможно большему числу людей.

Но теперь насъ занимаетъ не этотъ вопросъ. Говоря объ основѣ дѣйствія юридическихъ нормъ, я имѣю въ виду вопросъ о томъ, почему въ данномъ государствѣ, въ данномъ обществѣ дѣйствуетъ именно данная система положительнаго права со всѣми ея особенностями, со всѣми ея отличіями отъ другихъ системъ права, дѣйствующихъ рядомъ съ нею во времени и пространствѣ.

Необходимость юридическаго порядка есть общій законъ для всякаго общежитія людей въ извѣстной степени его развитія. Но этотъ непреложный законъ сказывается на дѣлѣ въ самыхъ разнообразныхъ формахъ, потому что въ каждомъ отдѣльномъ обществѣ дѣйствуетъ не только право вообще, но и опредѣленная индивидуальная система юридическихъ нормъ, свойственныхъ именно этому обществу. Право, какъ порядокъ общественной жизни, находится по необходимости въ постоянномъ взаимодѣйствіи съ временными и мѣстными условіями, и потому, чтобы удовлетворить своему назначенію, не остаться мертвою буквою и дѣйствительно дать подходящую форму чередующимся явленіямъ общественной жизни, оно должно принять и соотвѣтствующую форму. И притомъ эти своеобразно слагающіяся нормы являются дѣйствующими независимо отъ того, соотвѣтствуютъ ли онѣ божескимъ заповѣдямъ, требованіямъ разума, или нѣтъ. Эти нормы дѣйствуютъ независимо отъ такого согласія, дѣйствуютъ самостоятельно, и въ этой самостоятельности заключается положительность дѣйствующаго права. Все это приводитъ къ вопросу о самостоятельной основѣ дѣйствія каждой положительной правосистемы.

Право не есть, подобно такъ называемымъ физическимъ, природнымъ силамъ, нѣчто существующее помимо дѣйствія человѣка, нѣчто объективно ему противополагаемое. Напротивъ, это есть порядокъ, установленный самими людьми для себя. Подчиняется ли въ своей дѣятельности человѣкъ закону причинности, или дѣйствуетъ свободно, произвольно,—въ данномъ вопросѣ это безразлично. Какъ бы то ни было, право по закону причинности и по закону свободы все же создается не помимо, а напротивъ, не иначе, какъ чрезъ дѣятельность человѣка, чрезъ его посредство. Затѣмъ, право есть норма взаимныхъ отношеній, есть порядокъ общественный. Поэтому потребность въ правѣ и самая возможность его образованія дается только общежитіемъ. Внѣ людского общенія право немыслимо, оно существуетъ лишь настолько, насколько существуетъ между людьми общеніе.

Такимъ образомъ, право не есть нѣчто извнѣ налагаемое на людей, а есть продуктъ сознанія людей, соединившихся въ общеніи, такъ что право требуетъ людского общенія и обнимаетъ лишь тѣхъ людей и тѣ стороны человѣческихъ интересовъ, стремленій, какія составляютъ содержаніе общенія. Самое право, потребность въ которомъ возникаетъ вмѣстѣ съ образованіемъ общенія, полагается въ каждомъ отдѣльномъ общеніи самимъ же общеніемъ, какъ норма взаимныхъ отношеній его участниковъ. Въ каждомъ данномъ общежитіи право дѣйствуетъ какъ выработанное для общенія имъ самимъ.

Итакъ, основа дѣйствія положительнаго права заключается въ томъ, что оно создается жизнью того самаго общества, въ которомъ дѣйствуетъ, и въ каждомъ обществѣ имѣетъ силу только имъ самимъ установленное положительное право. Исключенія изъ этого правила существуютъ только кажущіяся. Случается иногда, что въ извѣстномъ общеніи дѣйствуетъ право, сложившееся внѣ его, въ рядомъ съ нимъ стоящемъ общеніи, и въ такомъ случаѣ получается различіе права туземнаго и заимствованнаго.

Напоминаю, что мы теперь имѣемъ въ виду не матеріальное различіе, не различіе по содержанію, а формальное различіе по основѣ дѣйствія. Поэтому, если законодатель черпаетъ свой матеріалъ частью изъ иноземнаго права, частью изъ туземныхъ обычаевъ, и все это вливается въ одну общую форму, тутъ нѣтъ еще различія туземнаго и иноземнаго права. Но можетъ быть и дѣйствительно бываетъ такъ, что иноземное право въ цѣломъ своемъ составѣ получаетъ дѣйствіе въ извѣстной странѣ. Представитъ ли этотъ случай исключеніе изъ того начала, что положительное право всегда исходитъ изъ того самаго общенія, которое служитъ сферою его примѣненія? Въ Германской имперіи съ XIII—XIV вѣка получило значеніе дѣйствующаго права—право римское и притомъ не сливаясь съ германскимъ, дѣйствуя на ряду съ нимъ. На первый взглядъ можетъ показаться, что такой фактъ вполнѣ опровергаетъ выставленное нами положеніе, будто право дѣйствуетъ только въ томъ общеніи, отъ котораго полагается. Но для рѣшенія вопроса мало установить самый фактъ принятія, рецепціи римскаго права, надо обратиться къ разсмотрѣнію того пути, какимъ совершалась эта рецепція. Corpus juris civilis представляетъ собою законодательное право: три сборника, изданныхъ актами законодательной власти, сообщившей имъ свой авторитетъ. Перенесенное же въ Германію, оно становится правомъ обычнымъ. Слѣдовательно, формально, по отношенію къ основѣ своего дѣйствія, оно совершенно обновляется. Въ Германіи corpus juris civilis дѣйствуетъ уже не какъ воля римскаго императора, а какъ германскій обычай. Слѣдовательно, матеріально совершенно чужеземнаго происхожденія, формально это право, какъ германское положительное право, представляется исходящимъ отъ германской націи. Поэтому въ

Германіи римское право признается дѣйствующимъ лишь въ томъ объемѣ, въ какомъ оно усвоено, какъ обычное германское право. Усвоеніе его совершилось чрезъ дѣятельность глоссаторовъ. Но глоссаторы занимались истолкованіемъ не всѣхъ частей corporis juris civilis—эти неистолкованныя, неглоссированныя части и не получали дѣйствія въ Германіи: Quid—quid non agnoscit glossa, non agnoscit curia.

Это усвоеніе римскаго права имѣетъ практическій интересъ и для нашего отечества. Такъ какъ, благодаря этому усвоенію, римское право дѣйствуетъ, какъ вспомогательный источникъ права, въ нашихъ остзейскихъ провинціяхъ, составлявшихъ въ прежнее время, подъ господствомъ ливонскаго ордена, ленъ священной римской имперіи, т. е. старогерманской имперіи. Римское право было реципировано всѣми почти государствами современной европейской культуры. Во Франціи оно никогда не переставало дѣйствовать на югѣ, а позже легистами оно было реципировано и для сѣверныхъ провинцій. Но даже въ Англіи и Россіи—государствахъ, наиболѣе отличающихся самобытнымъ развитіемъ права, та же рецепція совершалась, если не въ общемъ видѣ, какъ въ другихъ, то по крайней мѣрѣ отчасти практикой особенныхъ спеціальныхъ судовъ. Такъ, въ Англіи, кромѣ церкви, которая, по выраженію одного юриста, vivit lege romana, римское право нашло себѣ примѣненіе въ юрисдикціи суда адмиралтейства. Послѣдній руководствовался новообразованнымъ сборникомъ международныхъ обычаевъ, извѣстнымъ подъ именемъ Roles d'Oleron, но онъ наполнялся постановленіями римскаго права. Въ Россіи рецепція римскаго права и права византійскаго, въ церковной его переработкѣ, примѣнялась духовными судами. Но, надо сказать, юрисдикція духовныхъ судовъ прежняго времени была очень широка. Усвоеніе римскаго права получило у насъ форму такъ называемыхъ кормчихъ книгъ и оказало не малое вліяніе на все почти праворазвитіе, и особенно на семейное право. Въ грекоримской переработкѣ jus civile проникло даже на Кавказъ, въ Грузію. Вторая часть уложенія грузинскаго царя Вахтанга V, жившаго въ концѣ семнадцатаго столѣтія, содержитъ въ себѣ нѣкоторые законы Льва Мудраго, Константина и другихъ византійскихъ императоровъ, относящіеся до судопроизводства. Грузинское право отличается необыкновенно широкими размѣрами заимствованія. Кромѣ упомянутыхъ законовъ византійскихъ императоровъ, въ уложеніи царя Вахтанга имѣются заимствованія изъ Пятикнижія Моисея и изъ армянскихъ законодательствъ. Кромѣ того, съ установленіемъ зависимости Грузіи отъ Россіи, стали примѣняться переведенныя на грузинскій языкъ Уложеніе Соборное 1649 года и Воинскій Уставъ Петра Великаго, такъ что туда вошло черезъ воинскій уставъ даже саксонское право.

Рецепція иноземнаго права можетъ совершиться и законодательнымъ

актомъ. Такъ, напр., заимствованъ былъ французскій гражданскій кодексъ въ Царствѣ Польскомъ, въ Бельгіи, Италіи и т. д. Примѣръ подобной же рецепціи мы видимъ въ исторіи средневѣковыхъ городовъ, входящихъ въ составъ Остзейскаго края. Такъ городу Ригѣ было пожаловано ея основателемъ и епископомъ Альбрехтомъ I право торговаго города Висби, отличавшагося разноплеменностью своего населенія, такъ что каждая народность имѣла въ немъ свою улицу. Интересенъ юридическій бытъ города Ревеля. Ему датскимъ королемъ Эрикомъ V въ 1228 году пожаловано было Любекское право. По понятіямъ того времени любекскій магистратъ составлялъ высшую инстанцію для города Ревеля, такъ что ревельскій магистратъ, въ случаѣ сомнѣній, обращался съ вопросомъ къ любекскому и получалъ отъ него опредѣленіе, Ordeele. Вслѣдствіе этого, въ Ревелѣ дѣйствовало любекское право не только въ томъ его составѣ, какимъ оно представляется въ моментъ рецепціи, но и съ позднѣйшими дополненіями и измѣненіями. Въ свою очередь Ревель находился въ подобныхъ же отношеніяхъ къ городу Нарвѣ. Въ юго-западной Россіи города получили пожалованное отъ польскихъ королей, подтвержденное по присоединеніи и московскими царями магдебургское право.

Во всѣхъ приведенныхъ примѣрахъ иноземное право открыто, безъ измѣненій его формы, заимствуется для примѣненія въ извѣстномъ общеніи, но основою его дѣйствія въ этомъ общеніи служитъ именно это заимствованіе, т. е. воля мѣстной власти. Поэтому и заимствованное право тѣмъ не менѣе представляется исходящимъ въ формальномъ отношеніи отъ того самаго общества, въ которомъ оно дѣйствуетъ.

§ 51. *Источники права.*

Puchta, Gewohnheitsrecht. I, S. 143—148, Vorlesungen, I. *Savigni* System, I, S. 6—57. *Müller,* Die Elemente der Rechtsbildung, ss. 426—443. *Austin* Lectures, II, pp. 526 ss. Adickes. Zur Lehre von Rechtsquellen, 1872. *Regelsberger,* Pandekten, I, §§ 82 ff.

Мы сказали, что неизбѣжное несоотвѣтствіе положительнаго права съ субъективнымъ правосознаніемъ хотя и представляется зломъ, но съ избыткомъ выкупается тою опредѣленностью и внѣшнею распознаваемостью, какою отличается положительное право. Нетрудно, дѣйствительно убѣдиться въ важномъ значеніи опредѣленности и распознаваемости юридическихъ нормъ. Говоря о происхожденіи права, мы указали, что оно установляется, прежде всего, какъ опредѣленный порядокъ взаимныхъ отношеній людей. Человѣкъ ждетъ отъ другого соблюденія въ одинаковыхъ случаяхъ одинаковаго поведенія и, если его ожиданіе не оправдывается, онъ требуетъ отъ несоблюдшаго удовлетворенія за понесенныя имъ невзгоды. При такихъ условіяхъ каждый естественно за-

дается вопросомъ, какъ распознавать общіе признаки тѣхъ нормъ права, соблюденіе которыхъ обязательно въ данномъ обществѣ, отъ имѣющихъ лишь субъективное значеніе, откуда узнать эти общепризнанныя нормы? Всякому важно опредѣлить напередъ, съ возможною точностью, при соблюденіи какихъ именно правилъ онъ можетъ быть обезпеченъ отъ всякаго притязанія со стороны другихъ и соблюденія чего именно онъ можетъ требовать отъ нихъ самихъ. А это возможно только относительно объективировавшихся нормъ и потому ученіе о формахъ, въ какихъ совершается это объективированіе, получаетъ для юриста весьма большое значеніе.

Эти формы объективированія юридическихъ нормъ, служащія признаками ихъ обязательности въ данномъ обществѣ и въ данное время, называются *источниками права*. Таково значеніе, придаваемое выраженію „источники права“, какъ техническому термину. И для возможности надлежащаго пониманія ученія объ источникахъ права весьма важно не смѣшивать техническаго понятія источниковъ съ другими понятіями въ обыденномъ словоупотребленіи, также обозначаемыми этимъ словомъ.

Прежде всего слѣдуетъ предупредить отъ смѣшенія понятія источника права, какъ признака общеобязательности нормы, съ понятіемъ источника, какъ средства познанія, fontes ex quibus notitia juris hauritur, съ понятіемъ историческаго памятника—значеніе, съ какимъ обыкновенно употребляется это слово въ наукахъ историческихъ. Эти понятія могутъ совпадать, но такое совпаденіе дѣло случайное и вовсе не предполагается существомъ этихъ понятій. Если мы имѣемъ подлинный текстъ какого-либо закона, то законъ этотъ есть вмѣстѣ и источникъ права, въ техническомъ смыслѣ, и источникъ нашего познанія о правѣ. Но если текстъ закона до насъ не дошелъ, и мы узнаемъ о существованіи и содержаніи закона изъ другихъ источниковъ, какъ это, напримѣръ, случилось съ leges XII tabularum, lex Uoconia и др., то такой законъ всетаки остается источникомъ права, но уже не есть источникъ нашего познанія о правѣ. Точно также, если мы узнаемъ о какомъ-либо крестьянскомъ обычаѣ изъ сочиненій Ефименко или Пахмана, то эти сочиненія служатъ источникомъ познанія, а самый обычай—источникомъ права.

При всемъ различіи эти понятія нерѣдко смѣшивались, особенно въ старину. Такъ, у римскихъ юристовъ, очевидно, въ силу такого смѣшенія, установилась классификація права на писанное и неписанное (jus scriptum, jus non scriptum), причемъ это различіе понималось буквально, такъ что къ писанному праву относились не только законъ, но и эдиктъ претора и responsa prudentium. Но требовалось, однако, чтобы право при самомъ возникновеніи уже облекалось въ письменную форму (jus scriptum quod ab initio litteris mandatum est). Поэтому записанный обычай оставался всетаки неписаннымъ правомъ,—это послужило осно-

ваніемъ къ установленію нѣкоторыми новыми юристами различія между *писаннымъ* и только *записаннымъ* правомъ. Несмотря на неважность этого различія, оно старательно сохранялось и даже развивалось новыми юристами. Еще Тибо ставитъ это дѣленіе во главѣ кассификаціи источниковъ права. У Глюка это различіе развито съ большимъ стараніемъ и онъ принимаетъ, подобно многимъ другимъ, различіе jus scriptum sensu grammatico jus scriptum sensu juridico, къ которому относятся только одни законы.

Другое смѣшеніе понятія, имѣющее болѣе современное значеніе, есть смѣшеніе понятія источника права, какъ признака его общеобязательности, съ понятіемъ о томъ, откуда черпается и чѣмъ опредѣляется самое содержаніе юридическихъ нормъ. Такое смѣшеніе установилось въ силу того, главнымъ образомъ, что до исторической школы думали, что право творится произволомъ законодателя. Воля законодателя признавалась единственной и послѣдней причиной установленія тѣхъ или другихъ юридическихъ нормъ. Велѣніе верховной власти соблюдать опредѣленную норму являлось при такомъ взглядѣ на дѣло единственнымъ признакомъ обязательности нормы, и единственной силой, ее создавшей. Признавая закономѣрность развитія, мы, конечно, не можемъ признавать законъ силой, творящей право, это только форма, въ которой право, вырабатываемое всѣми элементами общественнаго сознанія, находитъ себѣ внѣшнее выраженіе. Законодатель не произвольно творитъ право, онъ не властенъ установлять нормъ, не подготовленныхъ ходомъ общественной жизни. Законы, имѣющіе такое содержаніе, остаются мертвой буквой, лишенной практическаго значенія. Поэтому законодательство не есть источникъ права въ смыслѣ силы, его творящей. Вопросъ объ источникахъ права въ этомъ смыслѣ есть, конечно, совершенно отличный отъ нами теперь разсматриваемаго. При такой постановкѣ вопроса, рѣчь будетъ уже не о признакахъ общеобязательности, а о факторахъ, участвующихъ въ образованіи права.

Понимая источники права въ такомъ смыслѣ, можно согласиться съ Адикесомъ, что общій источникъ права есть субъективный разумъ, или, какъ мы бы сказали, субъективное сознаніе. Всѣ другіе факторы вліяютъ на правообразованіе только чрезъ посредство нашего сознанія. Божественныя велѣнія, природа вещей, требованія разума, соображенія цѣлесообразности, внушенія нравственнаго долга—все это можетъ вызвать образованіе соотвѣтствующихъ правовыхъ нормъ лишь тогда, когда будетъ воспринято человѣческимъ сознаніемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, общее сознаніе есть лишь суммированіе субъективнаго сознанія отдѣльныхъ личностей. Поэтому субъективное сознаніе дѣйствительно является какъ бы фокусомъ, въ которомъ сосредоточивается дѣйствіе всѣхъ факторовъ правообразованія. Но источникомъ права въ техническомъ смыслѣ оно

не можетъ быть признано, потому что субъективное сознаніе какой-либо нормы не есть признакъ ея общеобязательности, не есть форма ея объективированія.

Если строго держаться этого техническаго значенія, то источниками права можно признать только обычай, судебную практику и законъ. Все другое не можетъ быть признано источникомъ. Нельзя признать источникомъ права *природу вещей* уже потому, что природа эта разными людьми понимается весьма различно, и вопросъ о томъ, какое изъ этихъ различныхъ пониманій общеобязательно, можетъ быть рѣшенъ только свѣркой съ обычаемъ, судебной практикой и закономъ. То пониманіе, какое выразилось въ этихъ формахъ, и есть общеобязательное. То же самое должно сказать и о *справедливости*, также понимаемой весьма различно и также получающей объективную опредѣленность только при томъ условіи, что она найдетъ себѣ выраженіе въ указанныхъ источникахъ положительнаго права. Наконецъ, къ этой же категоріи мнимыхъ источниковъ слѣдуетъ отнести, и по тѣмъ же основаніямъ, и *науку права*.

Существующія въ литературѣ разногласія, по вопросу о томъ, что именно должно признать источникомъ права, обусловливаются главнымъ образомъ ошибочными воззрѣніями на значеніе источниковъ права. До появленія ученій исторической школы, когда положительное право считали произвольнымъ человѣческимъ установленіемъ, въ законѣ, какъ выраженіи правотворящей воли, видѣли единственную силу, созидающую положительное право. Поэтому законодательство признавалось тогда единственнымъ источникомъ положительнаго права и притомъ въ смыслѣ силы, творящей право.

Представители исторической школы впали въ противоположную крайность. Силой, творящей право, они признавали народный духъ, въ которомъ будто бы положительное право цѣликомъ заключается раньше, чѣмъ оно выразится во внѣ, въ источникахъ права, въ которыхъ они видѣли только источники нашего познанія о правѣ, живущемъ въ народномъ духѣ. Поэтому они и расширяли чрезмѣрно понятіе источниковъ права, относя къ нимъ и науку права, конечно служащую источникомъ познанія права, но не могущую быть признакомъ обязательности юридическихъ нормъ. Принятое мною опредѣленіе источника права, какъ формъ объективированія юридическихъ, служащихъ признакомъ ихъ общеобязательности, представляетъ среднее между этими крайностями.

Итакъ, источникъ права имѣетъ значеніе лишь признака общеобязательности выражающейся въ немъ нормы. Законъ или обычай не суть силы, творящія право или основанія обязательности, основанія силы нормы, а только признакъ обязательности. Дѣйствовать можетъ и норма,

не выразившаяся еще ни въ законѣ, ни въ обычаѣ, ни въ судебной практикѣ, и такое дѣйствіе нормы есть необходимое предположеніе образованія обычая и судебной практики. Но дѣйствіе такой нормы менѣе опредѣленно; такъ какъ оно лишено внѣшняго признака своей обязательности, то нельзя опредѣлить напередъ, общимъ образомъ, объемъ ея дѣйствія, нельзя сказать напередъ, къ какимъ частнымъ случаямъ она приложима, къ какимъ нѣтъ. Приложимость ея къ каждому отдѣльному случаю должна быть особо доказана. Напротивъ, объемъ дѣйствія нормы, выразившейся въ общихъ источникахъ права, напередъ можно опредѣлить на основаніи общихъ началъ, опредѣляющихъ объемъ дѣйствія источниковъ права. Но спѣшимъ оговориться: это различіе только количественное, различіе въ степени, а не въ существѣ. Это всего лучше доказывается тѣмъ, что вполнѣ опредѣленъ только объемъ дѣйствія законовъ. Только въ отношеніи къ нимъ можно общимъ образомъ опредѣлить объемъ дѣйствія, какъ по пространству, такъ и по времени. Объемъ дѣйствія по времени обычаевъ и судебной практики не поддается общему опредѣленію. Въ отношеніи къ нимъ нельзя указать точно момента, съ какого начинается дѣйствіе той или другой выразившейся въ нихъ нормы. Обычай слагается мало-по-малу, незамѣтно, и нѣтъ никакой опредѣленной грани между еще только слагающимся и уже сложившимся обычаемъ. Судебная практика выражается въ болѣе опредѣленной формѣ, въ формѣ судебныхъ рѣшеній, имѣющихъ вполнѣ опредѣленную дату. Но выраженіе нормы въ судебномъ рѣшеніи уже предполагаетъ признаніе этой нормы обязательной и раньше, такъ какъ судебное рѣшеніе относится всегда къ предшествующимъ событіямъ.

Въ прямой связи съ относительной опредѣленностью объема дѣйствія нормъ положительнаго права стоитъ и другая ихъ отличительная особенность: онѣ всегда предполагаются общеизвѣстными. Поэтому, съ одной стороны, никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ положительнаго права: предполагается, что всякій можетъ легко ознакомиться съ нормой, выразившейся въ томъ или другомъ источникѣ. Потому, если кто не воспользуется этой возможностью, долженъ самъ и платиться за это. Съ другой стороны, существованіе нормъ положительнаго права, какъ общеизвѣстныхъ, не требуется доказывать суду: онъ самъ ихъ знаетъ: jura novit curia. Доказываются только факты, а не нормы:

Однако это предположеніе о знакомствѣ суда съ содержаніемъ дѣйствующихъ нормъ оправдывается на дѣлѣ далеко не по отношенію ко всѣмъ видамъ нормъ. Изъ туземнаго права судья можетъ легко не знать обычнаго права. Обычное право есть именно тотъ видъ права, въ образованіи котораго юристы не принимаютъ участія. Оно слагается помимо, независимо отъ нихъ и ихъ дѣятельности. Истинные знатоки обычнаго права не юристы, а тѣ, кто соблюдаетъ и творитъ обычно-правовыя

нормы своимъ житейскимъ обиходомъ. Обычное право отличается особенною частностью, оно измѣняется съ каждою мѣстностью и съ каждымъ классомъ лицъ. Поэтому сторонамъ часто легче собрать доказательство дѣйствительнаго существованія обычнаго права, нежели судьѣ, который стоитъ совершенно внѣ той общественной среды, гдѣ дѣйствуетъ данный обычай. Точно также судья не можетъ знать право всѣхъ иностранныхъ государствъ. Добросовѣстное изученіе и туземнаго права отнимаетъ уже слишкомъ много времени. Къ тому же случаи примѣненія иноземныхъ нормъ слишкомъ рѣдки. Поэтому относительно обычнаго и иноземнаго права выставленное начало: jura novit curia не проводится съ полною строгостью.

Относительно обычнаго права прежде держались даже того взгляда, будто оно составляетъ вопросъ факта и потому всегда должно быть доказано стороной, которая на него ссылается, иначе судья не можетъ примѣнять его, хотя бы оно и было ему извѣстно помимо такихъ доказательствъ. Это потому, что по правилу состязательнаго процесса судья, какъ судья, знаетъ лишь тѣ фактическія обстоятельства, которыя обнаружились на судебномъ разбирательствѣ по данному дѣлу: non refert quod notum sit judici, si notum non sit in forma judicii. Этотъ крайній взглядъ раздѣляли, напр., Hofacker, Wening-Ingenheim. Онъ представлялся, впрочемъ, совершенно послѣдовательнымъ выводомъ изъ тогдашней теоріи происхожденія обычнаго права, теоріи механической. Если дѣйствіе обычно-правовой нормы зависитъ единственно отъ простого фактическаго соблюденія извѣстнаго обычая, то, конечно, и вопросъ о существованіи обычнаго права представляется вопросомъ факта, какъ это признается современной наукой относительно обыкновеній. Обыкновенія тѣмъ и отличаются отъ юридическаго обычая, что не заключаютъ въ себѣ opinio necessitatis, и, составляя просто фактическое соблюденіе того или другого образа дѣйствія, должны быть отнесены къ вопросамъ факта, а не права.

Указанное крайнее воззрѣніе, однако же, плохо мирилось съ основными процессуальными началами, такъ какъ превращало норму въ фактическое обстоятельство. Потому многіе, какъ напр. Тибо (1722—1840) и Гённеръ (1746—1827), извѣстные противники Савиньи по вопросу о кодификаціи, смягчали его въ ущербъ послѣдовательности, допуская, что въ случаѣ общеизвѣстности обычая онъ можетъ разсматриваться какъ вопросъ права. Въ случаѣ же малоизвѣстности и они считали его вопросомъ факта. Такое различеніе представлялось, однако, совершенно произвольнымъ. Какъ, въ самомъ дѣлѣ, возможно объяснить подобное превращеніе вопроса факта въ вопросъ права и, наоборотъ, смотря по степени знакомства суда съ мѣстными или другими обычаями?

Правильный взглядъ на дѣло установили Пухта и Савиньи. Они, не

обинуясь, признали, что существованіе обычно-правовыхъ нормъ всегда и безусловно составляетъ вопросъ права, что обычное право, какъ и всякое право, предполагается всегда извѣстнымъ суду ex officio и что только въ виду фактической невозможности для судьи быть знакомымъ со всевозможными обычаями дозволяется, въ случаѣ сомнѣнія въ существованіи даннаго обычая, ожидать отъ сторонъ ссылки на обычай и требовать доказательства его существованія. Но если стороны ссылаются на извѣстный судьѣ обычай, то, понятно, ему нѣтъ никакой надобности требовать доказательства.

Тѣ же самыя правила, какъ къ обычному праву, примѣняются и къ праву иноземному. Вопросъ о существованіи того или другого положенія иноземнаго права есть безусловно вопросъ права. Но такъ какъ судьѣ невозможно знать право всего свѣта, то и допускается ознакомленіе судьи съ иноземными правами чрезъ требованіе свѣдѣній и доказательствъ отъ самихъ сторонъ, ссылающихся на него.

§ 52. *Обычное право.*

Glück. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, 2 Ausg. B. I, 1797, S. 442 n. ff. *Klötzer*. Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. 1813. *Puchta*. Das Gewohnheitsrecht, 2. B. 1828, 1837. *Böhlau*, Mecklenburgisches Landrecht. B. I. 1871. S. 315. *Adickes*, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872. *Сергѣевичъ*. Опыты изслѣдованія обычнаго права, въ Наблюдателѣ, 1882 г., №№ 1 и 2. *Schuppe*, Gewohnheitsrecht. 1890.

Обычное право есть первоначальная форма положительнаго права. Тѣмъ не менѣе признаніе обычая самостоятельнымъ источникомъ права установилось лишь во второй четверти настоящаго столѣтія. До того, единственнымъ самостоятельнымъ источникомъ права признавалось законодательство. Однако, лишь немногіе рѣшались безусловно отрицать обязательную силу обычаевъ. Наиболѣе извѣстными представителями этого мнѣнія въ прошломъ столѣтіи были Томазій и Грольманъ. Самое большее, что они допускали, это признаніе обычая за основаніе предполагать существованіе согласнаго съ нимъ договора или закона. Большинство, напротивъ, не рѣшаясь отрицать факта существованія обычнаго права, не признавало, однако, за нимъ самостоятельнаго значенія. Въ демократическихъ государствахъ, гдѣ законодательная власть принадлежитъ народу, обычное право признавалось лишь особой формой законодательства. Основа обязательной силы закона и обычая принималась одна и та же—воля народа, въ одномъ случаѣ получающая прямое выраженіе, въ другомъ—выражающаяся въ фактахъ, по которымъ уже заключаютъ о ея существованіи (facta concludentia). На почвѣ такихъ воззрѣній выработалось понятіе о молчаливо установленномъ законѣ, lex tacita, замѣнявшее собою для республикъ понятіе обычнаго права. Къ монар-

хическимъ государствамъ, особенно самодержавнымъ, какими были большинство государствъ Европы въ прошломъ столѣтіи. Такое объясненіе было, конечно, неприложимо, такъ какъ въ нихъ законодательная власть не принадлежитъ народу. Поэтому тутъ для объясненія обязательности обычнаго права прибѣгали къ ученію о признаніи силы обычая законодателемъ. Утверждали, что обычай получаетъ обязательную силу лишь подъ условіемъ согласія на то законодательной власти (consensus imperantis). Споръ шелъ только о томъ, каково должно быть это согласіе: общимъ ли въ отношеніи ко всѣмъ обычаямъ вообще (consensus generalis), или спеціальнымъ для каждаго отдѣльнаго обычая (consensus specialis)? Одни требовали, какъ, напр., Шеманъ, спеціальнаго согласія, для всѣхъ тѣхъ обычаевъ безразлично, другіе, напр., Гуфеландъ, Тибо, Глюкъ, только для обычаевъ, дерогирующихъ законъ; Гепфнеръ, Вальценъ, Кестнеръ признавали достаточнымъ во всѣхъ случаяхъ одного общаго согласія. Спеціальное предполагалось выраженнымъ молчаливо, посредствомъ допущенія властью примѣненія обычая. Общее согласіе, напротивъ, считали прямо выраженнымъ въ Corpus juris civilis.

Несостоятельность всѣхъ этихъ теорій очевидна. Онѣ или основаны на совершенно произвольныхъ фикціяхъ, или приводятъ къ безъисходному кругу. Совершенно фиктивно ученіе о тожествѣ народной воли выражающейся въ обычаѣ демократическихъ государствъ и въ законахъ, издаваемыхъ народнымъ собраніемъ. Народное собраніе въ лучшемъ случаѣ представляетъ собою одно лишь наличное поколѣніе народа, а обычай вырабатывается постепенно жизнью цѣлаго рода чередующихся поколѣній. Законоустановительное значеніе имѣетъ лишь воля, выразившаяся въ опредѣленныхъ формахъ, обычное право создается внѣ всякихъ формъ. Не болѣе какъ фикція пресловутая молчаливая санкція обычая законодателемъ уже потому, что не законы предшествуютъ обычаямъ въ исторической послѣдовательности, а наоборотъ—обычаи законамъ —и потому не законъ обычаю, а обычай закону служитъ основаніемъ: самая власть государя первоначально основывается и опредѣляется не чѣмъ инымъ, какъ именно обычаемъ. Что же касается прямо выраженнаго общаго согласія въ Corpus juris civilis, то достаточно напомнить, что самъ онъ не можетъ считаться въ новое время имѣющимъ законодательную силу. Какъ реципированный самой жизнью, а не введенный въ дѣйствіе какимъ-либо законодательнымъ актомъ, онъ самъ долженъ быть признанъ имѣющимъ силу лишь обычнаго права.

Всѣмъ этимъ теоріямъ нанесенъ былъ рѣшительный ударъ ученіемъ исторической школы, и въ особенности классическимъ трудомъ Пухты „Обычное право“, до сихъ поръ остающимся лучшимъ, капитальнѣйшимъ изслѣдованіемъ по обычному праву. Пухта не только признаетъ за обычнымъ правомъ вполнѣ самостоятельное значеніе, нисколько не

обусловливаемое согласіемъ на его дѣйствіе воли законодателя, но даже признаетъ за обычаемъ первенство передъ закономъ. „Основа обычнаго права,—говоритъ онъ,—есть естественная общность убѣжденія цѣлаго народа. Это непосредственное народное убѣжденіе выражается въ нравахъ (Sitte); его осуществленіе въ нравахъ есть, слѣдовательно, непосредственное, своеобразное проявленіе обычнаго права. Нравы, обычаи суть точно также первоначальныя формы этого права, какъ система—своеобразная форма права юристовъ, а слово—для права законодательнаго. Если же обычное право стоитъ въ такой тѣсной и необходимой связи съ естественнымъ понятіемъ народа, и есть результатъ непосредственной его дѣятельности въ отношеніи къ праву, то въ дѣйствительности не можетъ быть вовсе и вопроса о томъ, имѣетъ ли обычное право силу и на какомъ основаніи? Ибо на это не можетъ быть другого отвѣта, какъ то, что обычное право существуетъ и дѣйствуетъ на томъ же основаніи, на какомъ и право вообще, на томъ же, на какомъ имѣется народное убѣжденіе, на томъ же, наконецъ, на какомъ вообще существуютъ народы, потому что, какъ скоро признаютъ народъ дѣйствительно существующимъ, то этимъ самымъ народному духу приписываютъ дѣятельность и, слѣдовательно, общее убѣжденіе о моральной и правовой свободѣ, и такъ какъ обычное право и есть это убѣжденіе въ его непосредственной, естественной формѣ, то съ существованіемъ народа неразлучно соединено и существованіе обычнаго права. Еще менѣе можетъ быть сомнѣній, а слѣдовательно и надобности особаго обоснованія силы обычнаго права въ отношеніи къ другимъ источникамъ права. Ибо, такъ какъ посредственное правовозникновеніе (чрезъ законъ и дѣятельность юристовъ) необходимо предполагаетъ непосредственное, такъ какъ, если бы не было народа и непосредственнаго народнаго сознанія, не было бы ни государства, ни юристовъ, и слѣдовательно ни права юристовъ, ни законовъ, то самое существованіе этихъ формъ права подтверждаетъ уже силу обычнаго права, а отнюдь не ведетъ къ сомнѣніямъ въ ней“.

Такимъ образомъ Пухта признавалъ вполнѣ самостоятельное значеніе, но только за обычаями цѣлаго народа. А между тѣмъ такихъ обычаевъ сравнительно мало. Гораздо больше существуетъ обычаевъ мѣстныхъ, сословныхъ и т. п. На это было указано уже Унтергольцнеромъ въ его рецензіи на книгу Пухты, а затѣмъ повторено Мюленбрухомъ и Кирульфомъ. Поэтому Савиньи думалъ исправить ученіе Пухты, признавъ народное единство только общей необходимой почвой образованія обычая и основой его силы. Но подобно тому, какъ центральная власть можетъ издавать законы не всегда для всего государства, а иногда и для отдѣльныхъ мѣстностей или сословій, такъ и непосредственное народное правосознаніе можетъ принять форму обычаевъ отдѣльныхъ мѣст-

ностей или сословій, какъ органическихъ частей народа. Савиньи исходилъ при этомъ изъ общепринятаго въ исторической школѣ убѣжденія, что народное единство не есть продуктъ постепенной исторической интеграціи, а есть нѣчто, изъ начала данное готовымъ. Не тому, однако, учитъ насъ исторія. Какъ это убѣдительно доказалъ проф. Сергѣевичъ, дѣло начинается не съ общихъ обычаевъ, а съ частныхъ, изъ которыхъ мало-по-малу вырабатываются общіе. И во всякомъ случаѣ, какъ бы мы ни представляли себѣ процессъ образованія обычаевъ, и поправка Савиньи не объясняетъ существованія такихъ обычаевъ, какъ церковные и международные, такъ какъ ихъ уже никакъ нельзя признать возникающими на почвѣ общаго народнаго единства.

Въ виду всего этого, ученіе исторической школы должно быть признано неудовлетворительнымъ. И въ послѣднее время въ литературѣ замѣтна наклонность видѣть основу обязательности обычаевъ просто въ фактѣ давняго ихъ установленія. Съ особенной рѣшимостью высказываетъ это Адикесъ. По его мнѣнію, уже одно долгое существованіе обычая ведетъ къ признанію его обязательности. Это объясняется прежде всего тѣмъ, что для юридическаго порядка гораздо важнѣе, чтобы вообще существовали какія-нибудь опредѣленныя правила, нежели то, каково это правило. Но обычаи къ тому же въ большинствѣ случаевъ оказываются цѣлесообразными, такъ какъ создаются дѣятельностью заинтересованныхъ лицъ. Наконецъ, время вообще имѣетъ свойство придавать въ глазахъ людей всему особенному устойчивость.

Едва ли, однако, это объясненіе можетъ быть принято. Думая избѣжать односторонности ученія исторической школы, Адикесъ впадаетъ въ противоположную крайность. Историческая школа необходимо считала возможнымъ образованіе обязательныхъ обычаевъ только на почвѣ народнаго единства. Адикесъ вовсе не обращаетъ вниманія на то, что обычай, какъ источникъ права, въ отличіе отъ простой привычки, не есть всякій издавна соблюдаемый образъ поведенія, а только такой, который соблюдается въ какомъ-либо общеніи людей. Постоянство привычекъ людей, съ которыми имѣемъ дѣла, представляетъ также удобство; давность ихъ заставляетъ насъ мириться съ ними, хотя бы онѣ нѣсколько и стѣсняли насъ. Но такая индивидуальная привычка не есть еще обычай и не можетъ служить признакомъ общеобязательности нормъ. Отправляясь отъ того, что выше было сказано о положительномъ правѣ, намъ не трудно выйти изъ этого затрудненія. Обычай есть одна изъ формъ объективировавшагося правосознанія. Подобно тому, какъ, выражая свои мысли рѣчью, человѣкъ пользуется грамматическими и стилистическими формами, выработанными общею жизнью народа, и въ силу того его рѣчь становится выраженіемъ не только его мыслей, но и частью народнаго языка, а слѣдовательно и выраженіемъ народной мысли,

такъ точно, выражая во внѣ свое правосознаніе, человѣкъ пользуется выработанными житейскимъ обиходомъ даннаго общенія формами, формами, сглаживающими особность его дѣятельности, дѣлающими ее частью общей жизни, выраженіемъ коллективнаго правосознанія, словомъ—обычаемъ. Когда я дѣйствую согласно обычаю, въ соблюдаемомъ мною обычаѣ мое правосознаніе выражается согласованнымъ съ правосознаніемъ всѣхъ другихъ, соблюдающихъ тотъ же обычай, такъ какъ иначе оно не уложилось бы въ обычай, и потому-то обычай выражаетъ юридическую норму, не мною только однимъ принимаемую, но всѣми принадлежащими къ тому общенію, гдѣ существуетъ данный обычай. Другими словами, не въ давности обычая, а въ его общности заключается основа его обязательности.

Въ прямомъ соотвѣтствіи съ указанными измѣненіями во взглядахъ на значеніе обычая шло развитіе ученія объ его происхожденіи. Обычное право образуется незамѣтно, самою жизнью общества, внѣ какихъ-либо опредѣленныхъ формъ, и потому вполнѣ понятно, что тутъ открывается широкое поле для споровъ. Мы не можемъ прямо, непосредственно наблюдать, какъ именно образуется обычное право. Мы можемъ разрѣшить этотъ вопросъ только путемъ болѣе или менѣе сложныхъ соображеній.

До Пухты господствовала по этому вопросу такъ-называемая механическая теорія. Она объясняла происхожденіе юридическихъ обычаевъ просто фактическимъ, хотя бы случайнымъ даже, соблюденіемъ того или другого правила въ ряду однородныхъ случаевъ. Иначе и нельзя было понимать дѣло, разъ обязательность обычая считалась всецѣло обусловленной признаніемъ его законодателемъ. Юридическій характеръ обычая являлся при этомъ приходящимъ извнѣ, по волѣ законодателя, не вытекающимъ изъ самаго обычая. Но законодатель можетъ придать юридическое значеніе и случайно установившемуся однообразію.

Съ признаніемъ самостоятельнаго значенія обычая должно было, конечно, пасть и это объясненіе его происхожденія. Надо было найти въ самомъ обычаѣ и въ условіяхъ его образованія основаніе его обязательности. И вотъ, взамѣнъ механической, Пухта выставилъ прямо противоположную, спиритуалистическую теорію происхожденія обычнаго права. Пухта утверждаетъ, что соблюденіе правила не создаетъ обычно-правовой нормы, а служитъ только ея внѣшнимъ выраженіемъ, дающимъ намъ возможность убѣдиться въ ея существованіи. Сама же по себѣ обычно-правовая норма существуетъ раньше ея соблюденія, раньше создается уже какъ обязательная норма. Юридическій обычай тѣмъ и отличается отъ простого обыкновенія, что является внѣшнимъ и притомъ сознательнымъ выраженіемъ уже раньше существующей въ народномъ правосознаніи нормы. Простыя же обыкновенія суть тѣ, которыя создаются пу-

темъ случайнаго, безсознательнаго однообразія поведенія въ однородныхъ случаяхъ.

Уже Савиньи указалъ на невозможность принять это ученіе Пухты безъ нѣкоторыхъ поправокъ. Существуютъ такіе юридическіе обычаи, образованіе которыхъ рѣшительно невозможно объяснить сознательнымъ примѣненіемъ уже готоваго юридическаго воззрѣнія. Таковы, напримѣръ, сроки или число свидѣтелей при заключеніи сдѣлокъ, опредѣляемые обычаемъ. Юридическое воззрѣніе можетъ требовать только того, чтобы сроки или число свидѣтелей были вообще опредѣлены, но не можетъ само опредѣлить, каковъ именно долженъ быть срокъ въ томъ или другомъ случаѣ. Опредѣлить ли срокъ въ двѣ или три недѣли, этого, очевидно, нельзя рѣшить на основаніи какого-либо юридическаго принципа. Поэтому Савиньи полагалъ, что, на ряду съ обычаями, слагающимися путемъ сознательнаго примѣненія къ частнымъ случаямъ уже имѣющейся въ народномъ сознаніи нормы, существуютъ и такіе юридическіе обычаи, которые слагаются, несмотря на свой юридическій и потому обязательный характеръ, путемъ несознательнаго, случайнаго соблюденія того или другого образа дѣйствія, совершенно такъ же, какъ и простыя обыкновенія. Но не трудно понять, что такая поправка въ сущности нисколько не исправляетъ теоріи Пухты, а, напротивъ, равносильна признанію ея несостоятельности, признанію невозможности посредствомъ ея объяснить происхожденіе всѣхъ юридическихъ обычаевъ.

Къ этому слѣдуетъ присоединить еще и другой недостатокъ—эта теорія въ сущности ничего не объясняетъ. Она смотритъ на юридическій обычай, какъ на внѣшнее выраженіе уже раньше существующей нормы, но не даетъ, какъ мы видѣли уже, объясненія образованія этого народнаго правосознанія.

Если принять тотъ взглядъ на происхожденіе права, который былъ изложенъ выше, то и происхожденіе обычнаго права объясняется очень просто. Излагая нашъ взглядъ на происхожденіе права, мы не могли уже тамъ не коснуться въ частности и обычнаго права, какъ первоначальной формы права. Согласно изложенному объясненію происхожденія права, мы должны признать, что содержаніе обычая опредѣляется помимо сознанія, но *юридическимъ* обычай дѣлается лишь тогда, когда въ соблюденіе его привзойдетъ сознаніе его обязательности. Сознаніе же обязательности является какъ послѣдствіе присущей людямъ наклонности ожидать при повтореніи одинаковыхъ условій и повторенія одинаковыхъ дѣйствій, въ силу чего они разсчитываютъ на соблюденіе другими установившагося, обычнаго порядка, и всякое отступленіе отъ него возбуждаетъ ихъ къ противодѣйствію.

Принимая такой взглядъ, мы получимъ возможность одинаково объяснять происхожденіе всѣхъ юридическихъ обычаевъ.

Любопытна также исторія ученія о признакахъ юридическаго обычая. У глоссаторовъ, напр., у Плацентина, дѣло ограничивается требованіемъ лишь двухъ условій—долгаго времени и разумности. Но затѣмъ число ихъ все растетъ. Бартолъ насчитываетъ уже три условія: longum tempus, tacitus consensus populi, frequentia actuum. У послѣдователей его указывается еще два quod consuetudo sit introducta non erronea, sed cum ratione и quod sit jus non scriptum. Затѣмъ, все возрастая въ числѣ, они доходятъ къ началу настоящаго столѣтія до восьми (rationabilitas consuetudinis diuturnitas temporis, consetudo contradicto tudicio firmata, pluritas actuum, uniformitas actuum, continuitas actuum, actus publici, actus consuetudinis introductivi, opinio necessitatis). Но современные юристы, напр., Белау, опять какъ и Плацентинъ, выставляютъ лишь два условія: 1) обычай долженъ выражать собой юридическое убѣжденіе, и 2) быть старымъ обычаемъ.

Весьма спорнымъ представляется вопросъ о томъ, въ какомъ отношеніи обычай стоитъ къ закону: можетъ ли обычай отмѣнить законъ или нѣтъ, имѣетъ ли онъ такъ называемую дерогирующую силу? Самымъ правильнымъ рѣшеніемъ этого вопроса представляется, повидимому, то, которое, основываясь на томъ общемъ началѣ, что никакая норма, будетъ ли это законъ или что-либо другое, не можетъ притязать на вѣчное существованіе и не можетъ обезсилить будущихъ нормъ, признаетъ дерогирующую силу обычая.

Но иногда въ законодательствѣ содержится прямое запрещеніе примѣнять обычное право или вообще, или внѣ случаевъ, прямо указанныхъ закономъ. Могутъ ли такія постановленія измѣнить соотношеніе между закономъ и обычаемъ, могутъ ли они лишить обычай дерогирующей силы? Такія постановленія, конечно, весьма затрудняютъ образованіе дерогирующаго законъ обычая: и суды, и частныя лица, въ томъ заинтересованныя, опираясь на прямое запрещеніе закона, очень легко могутъ воспрепятствовать установленію такого обычая. Но если бы, несмотря на запрещеніе, обычай всетаки сложился, ему нельзя бы было отказать въ обязательной силѣ. Само собой разумѣется, что образованіе подобнаго обычая возможно только подъ условіемъ совершенно общаго убѣжденія въ неразумности, несправедливости дерогируемаго закона. убѣжденія, раздѣляемаго одинаково и судами и заинтересованными сторонами, а при такихъ условіяхъ, конечно, не можетъ явиться сомнѣнія въ обязательной силѣ обычая, отмѣняющаго такой по общему признанію несправедливый законъ.

§ 53. Судебная практика.

Ihering. Unsere Aufgabe. Gesammelte Aussätze, I, 1881. s. 1—46. *Муромцевъ*. Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ (Юридическій Вѣстникъ 1880, № 11 стр. 337—393). *Мэнъ*, Древнее право, стр. 25—34. *Unger*, System der österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3 Aufl. 1868, s. 41. *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, 5 Aufl. 1878, B. II. I Abth., s. 151—257. *Bülov*, Gesetz und Richteramt. 1895. *Franken*, Von Juristenrecht, 1889.

Судебная практика имѣетъ много общаго съ обычаемъ. Подобно обычаю, и въ судебной практикѣ юридическія нормы выражаются не въ общей формѣ, а лишь въ примѣненіи къ отдѣльнымъ, частнымъ случаямъ. И въ ней необходимымъ образомъ предполагается признаніе нормы обязательною раньше, чѣмъ она выразится въ какомъ-либо судебномъ рѣшеніи. И въ ней нѣтъ опредѣленности объема дѣйствія нормъ по времени. Немудрено поэтому, что многіе, а въ настоящее время даже большинство, видятъ въ судебной практикѣ, или правѣ юристовъ вообще, не что иное, какъ частную форму обычнаго права [1]). Однако, противъ такого отожествленія ихъ можно привесть весьма вѣскія соображенія. Судебная практика занимаетъ какъ бы среднее, посредствующее мѣсто между обычаемъ и закономъ. Имѣя много общаго съ обычаемъ, она въ другихъ отношеніяхъ, напротивъ, сближается съ закономъ. Подобно закону, она образуется вполнѣ сознательно. Между тѣмъ какъ обычай первоначально возникаетъ, какъ простое обыкновеніе, слагающееся совершенно безсознательно, безъ всякой мысли объ юридическомъ нормированіи отношеній, судебная практика, подобно закону, возникаетъ въ силу сознательнаго стремленія къ реализаціи данной юридической нормы. Конечно, и обычай дѣлается юридическимъ обычаемъ только тогда, когда въ соблюденіе его привзойдетъ сознаніе его необходимости. Но содержаніе обычая дается всегда обыкновеніемъ, вырабатывается безсознательно. Юридическое сознаніе, превращающее простое обыкновеніе въ юридическій обычай, находитъ содержаніе уже готовымъ, уже опредѣлившимся. Напротивъ, судебныя рѣшенія, изъ коихъ слагается судебная практика, суть вполнѣ сознательные акты. Содержаніе каждаго отдѣльнаго судебнаго рѣшенія вырабатывается вполнѣ сознательно и именно ради юридическаго нормированія отношеній.

Другое отличіе судебной практики отъ обычая заключается въ томъ, что, подобно закону, она создается не *обществомъ* и не какимъ-либо отдѣльнымъ общественнымъ классомъ, а *учрежденіемъ*. Поэтому, въ противоположность обычаю, познаваемому только изъ фактическихъ данныхъ,

---

[1]) *Wächter*, Pandekten, I, 1880, s. 112. *Stobbe*, Handbuch des deutschen Rechts I, 1871, s. 146. *Малышевъ*, Курсъ общаго гражданскаго права Россіи. 1, 1878, стр. 85. *Lüders*. Das Gewohnheitsrecht, 1863, s. 70 und ff. *Förster*, Privatrecht, 3 Auflage I, 1873. s. 73. *Böhlau*. Meklenb, Landrecht, I, 1871, s. 320.

судебная практика, подобно закону, имѣетъ юридически опредѣленную, аутентическую форму выраженія—подлинныя судебныя рѣшенія. Въ связи съ этимъ стоитъ и то, что судебная практика, подобно закону, обыкновенно возникаетъ въ письменной формѣ, между тѣмъ какъ письменное возникновеніе обычая немыслимо.

Такимъ образомъ, между обычаемъ и судебной практикой замѣчаются слишкомъ существенныя особенности, чтобы ихъ можно было отожествить, чтобы въ судебной практикѣ можно было видѣть лишь частную форму обычая.

Но отвергая возможность отожествленія судебной практики и обычая, не вынуждаемся ли мы этимъ самымъ къ отрицанію за судебной практикой значенія самостоятельнаго источника права? Если судебная практика не есть частная форма юридическаго обычая, то какъ же объяснить возможность самостоятельнаго возникновенія юридическихъ нормъ путемъ судебной практики? Вѣдь, судъ призванъ лишь къ примѣненію существующаго права, вѣдь, разрѣшая частные случаи, онъ долженъ руководствоваться тѣмъ правомъ, которое уже существовало въ то время, когда эти случаи совершились: какимъ же образомъ его дѣятельность можетъ привести къ возникновенію новыхъ нормъ? Признать судебную практику самостоятельнымъ источникомъ права—не все ли это равно, что признать за судомъ право судить не по закону или обычаю, а по своему усмотрѣнію и, такимъ образомъ, возвесть въ общее правило судейскій произволъ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что судъ долженъ судить по закону или обычаю, а не по своему усмотрѣнію, но этимъ отнюдь не исключается творческое значеніе судебной практики. Такъ и правительство въ конституціонныхъ государствахъ ограничено законами, изданными при соучастіи палатъ, и тѣмъ не менѣе указы (Verordnungen, ordonnances, decrets) являются самостоятельнымъ источникомъ права. Такъ палаты во многихъ государствахъ ограничены конституціей, которую онѣ не властны измѣнять, и тѣмъ не менѣе, и обыкновенные законы, а не одни только конституціонные, признаются источникомъ права. То же самое мы видимъ и въ отношеніи къ судебной практикѣ. Какъ изданіе обыкновенныхъ законовъ или правительственныхъ указовъ по необходимости имѣетъ творческое значеніе, такъ и дѣятельность суда по самому своему существу не можетъ быть чужда творческаго элемента. Судъ, имѣющій дѣло съ практическими казусами, представляющими обыкновенно сплетеніе разнообразнѣйшихъ юридическихъ вопросовъ, поставленъ въ необходимость примѣнять дѣйствующее законодательство, какъ одно логическое цѣлое; иначе ему не распутаться въ лабиринтѣ казуистическихъ вопросовъ. Между тѣмъ законодательство далеко не представляетъ изъ себя въ дѣйствительности такого цѣлаго. Оно слагается постепенно. Отдѣль-

ныя его части вырабатываются подъ вліяніемъ различныхъ, даже часто противоположныхъ идей. А въ извѣстной степени это можно сказать даже относительно частей одного и того же законодательнаго акта, такъ какъ каждый почти законъ является продуктомъ компромисса между разнообразнѣйшими стремленіями, проявляющимися въ правительственныхъ сферахъ или въ парламентѣ. Рѣдкій законодательный актъ есть цѣльное выраженіе единой мысли. Если же единства логическаго нельзя найти въ самомъ законодательствѣ, его приходится пріискивать суду самостоятельно и это, конечно, творческая дѣятельность. Смотря по тому, въ какое именно логическое соотношеніе поставлены будутъ отдѣльныя законодательныя постановленія, ихъ значеніе, смыслъ, объемъ можетъ быть существенно измѣненъ. Что при одной концепціи общей системы законодательныхъ постановленій можетъ явиться общимъ правиломъ, при другой можетъ быть низведено на степень строго ограниченнаго исключенія. Но, независимо отъ этого, въ каждомъ законодательствѣ встрѣчаются противорѣчія и неполнота. Для ихъ устраненія представляются обыкновенно нѣсколько путей и выборъ между этими различными, но одинаково возможными путями, дѣлаемый судебной практикой, имѣетъ опять-таки творческій характеръ.

Сводя законодательныя постановленія къ одному логическому цѣлому, устраняя ихъ противорѣчія, восполняя пробѣлы, судъ черпаетъ для того матеріалъ и руководящія начала въ выводахъ научнаго мышленія о правѣ. Въ силу этого многіе, особливо въ старое время, считали науку права самостоятельнымъ источникомъ права. А такъ какъ противорѣчія во мнѣніи отдѣльныхъ ученыхъ встрѣчались на каждомъ шагу, то были выработаны особыя правила для выбора между противорѣчивыми взглядами. Какъ общее правило признавалось, что судья долженъ руководствоваться общимъ мнѣніемъ ученыхъ (communis opinio doctorum). Но какъ рѣшить, какое мнѣніе есть общее? Для этого существовали тогда свои правила, и при томъ чисто внѣшнія, такъ сказать, механическаго характера. Communis opinio doctorum было бы то, которое раздѣлялось семью учеными или одинаково признавалось и Бартоломъ и глоссой (т. е. glossa ordinaria Аккурзія). Если же этимъ путемъ нельзя было сдѣлать выбора, то предпочтеніе отдавалось тому мнѣнію, которое раздѣлялось старѣйшими учеными; юристъ былъ тѣмъ авторитетнѣе, чѣмъ онъ древнѣе. Эти правила, сложившіяся на почвѣ средневѣковой науки, не могли, конечно, удержаться въ новое время и были всѣми отброшены. Большинство, понимая вмѣстѣ съ тѣмъ невозможность замѣнить ихъ какими-нибудь другими опредѣленными правилами, которыя бы давали возможность вполнѣ объективнаго выбора между противорѣчивыми научными воззрѣніями, пришло весьма послѣдовательно къ признанію, что наука не есть самостоятельный источникъ положитель-

наго права. Но историческая школа признала это крайностью. Смѣшныя правила, сводившія выясненіе общаго мнѣнія ученыхъ чуть не къ простой ариѳметической выкладкѣ, должны, конечно, быть отброшены. Но отсюда не слѣдуетъ еще заключать, чтобы и вообще наука не имѣла значенія источника права. Представители исторической школы не указали, однако, никакого объективнаго начала для руководства при выборѣ между противорѣчивыми научными воззрѣніями. Но если нѣтъ возможности сдѣлать объективно опредѣленнаго выбора, то нормы, нашедшія себѣ выраженіе только въ наукѣ права, представляются лишенными всякой опредѣленности въ объемѣ ихъ дѣйствія, а слѣдовательно и науку нельзя признать источникомъ права въ техническомъ смыслѣ, т. е. признакомъ обязательности. Признакомъ обязательности началъ, выработанныхъ наукой, можетъ служить лишь усвоеніе ихъ судебной практикой, другими словами: не теорія, а только практика есть самостоятельный источникъ права.

Признавая судебную практику самостоятельнымъ источникомъ права, мы должны оговориться, что это не слѣдуетъ понимать такъ, чтобы разъ принятое судомъ рѣшеніе какого-нибудь спорнаго вопроса безусловно связывало судъ на будущее время. Если каждый законъ можетъ быть замѣняемъ новымъ, если „на обыкъ есть перевыкъ“, то, конечно, и судебная практика не можетъ быть обречена на неподвижность и застой. Но, съ другой стороны, постоянство судебной практики и обусловливаемая имъ опредѣленность юридическихъ отношеній представляетъ, конечно, важное значеніе. Одно изъ первыхъ условій правосудія, это то, чтобы законы примѣнялись ко всѣмъ одинаково, а это невозможно безъ однообразной, устойчивой судебной практики. Судъ поэтому всегда склоненъ поддерживать то именно начало, которое уже принято предшествующей практикой. Нужны весьма серьезныя и вѣскія основанія, чтобы склонить судъ къ измѣненію установившейся въ немъ практики. Поэтому все вѣроятіе за то, что разъ принятое судомъ начало будетъ поддерживаться имъ и въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ.

§ 54. Законодательство.

Savigny, System. I. §§ 46 и 20. *Zacharia,* Vierzig Bücher vom Staate. B. IV. S. I. *Böhlau,* Mecklenburgisches Landrecht, B. 5. S. 283. *Jellinek,* Gesetz und Verordnung. 1887. *Seligmann,* Der Beuriff des Gesetzes. 1886. *Hänel,* Cesetz im formellen und materiellen Sinne. 1888. *Коркуновъ,* Указъ и законъ. 1894, стр. 227—228.

Выраженіе юридическихъ нормъ въ обычаѣ и судебной практикѣ всегда и по необходимости имѣетъ казуистическій и неопредѣленный характеръ. И юридическій обычай и судебная практика слагаются мало-по-малу, по мѣрѣ повторенія частныхъ случаевъ примѣненія данной

юридической нормы. Поэтому юридическія нормы не могутъ въ этихъ формахъ найти себѣ общаго и достаточно опредѣленнаго выраженія. Эти недостатки даютъ все сильнѣе себя чувствовать по мѣрѣ появленія, съ развитіемъ общественной жизни, болѣе сложныхъ и болѣе разнообразныхъ отношеній. Государственная власть, призванная поддерживать и охранять господство права, не можетъ помириться съ такимъ положеніемъ дѣла. Какъ только она достаточно окрѣпнетъ и организуется, она вездѣ стремится поставить на мѣсто неопредѣленныхъ началъ обычнаго права и судебной практики ею самой формулированныя, опредѣленныя и по возможности общія положенія или *законы*.

Вначалѣ эта законодательная нормировка распространяется лишь на тѣ отрасли права, которыя непосредственно касаются интересовъ власти или непосредственно подлежатъ осуществленію ея органами. А частныя отношенія имущественныя и семейныя всего дольше остаются подъ господствомъ обычнаго права. Но, съ теченіемъ времени, законодательство, все расширяясь, подчиняетъ себѣ одну за другой всѣ отрасли права, становясь, такимъ образомъ, общей господствующей формой положительнаго права, а обычай и судебная практика низводятся до положенія подчиненныхъ, второстепенныхъ, составляющихъ какъ бы исключеніе источниковъ права.

Законъ въ широкомъ смыслѣ есть всякая установляемая органами государственной власти юридическая норма. Нерѣдко опредѣляютъ законъ какъ выраженіе воли органовъ государственной власти или государства. Но такое опредѣленіе слишкомъ широко. Органы государственной власти могутъ выражать свою волю, безъ намѣренія придавать ей значеніе обязательной для гражданъ нормы. Таковы, напримѣръ, заключительныя слова манифеста объ освобожденіи крестьянъ: „осѣни себя крестнымъ знаменіемъ, православный народъ, и призови съ нами Божіе благословеніе на твой свободный трудъ, залогъ твоего домашняго благополучія и блага общественнаго".

Съ другой стороны, опредѣленіе закона, какъ „*прямого* выраженія воли", не можетъ быть принято, какъ слишкомъ узкое. Если въ законѣ дано только общее правило, то нельзя сказать, чтобы въ немъ были *прямо* выражены и всѣ частные изъ него выводы; между тѣмъ и они имѣютъ силу закона. Точно также, если законъ что-либо запрещаетъ въ точно перечисленныхъ случаяхъ, то во всѣхъ другихъ случаяхъ это считается по закону дозволеннымъ. Словомъ, силу закона имѣетъ не только то, что въ немъ прямо сказано, но и то, что логически вытекаетъ изъ сказаннаго.

Многіе также считаютъ необходимымъ включить въ опредѣленіе закона указаніе на то, что онъ издается не иначе, какъ установленнымъ на то порядкомъ. Но это совершенно излишне, такъ какъ при несоблю-

деніи такого порядка не будетъ акта государственной власти, а будетъ только личный актъ представителя власти. Разъ онъ не соблюдаетъ установленныхъ формъ, онъ не можетъ быть признанъ дѣйствующимъ отъ имени государства. Поэтому наше опредѣленіе закона, какъ нормы, установляемой органами государственной власти, уже предполагаетъ соблюденіе формъ, установленныхъ для дѣйствій, совершаемыхъ отъ имени государства.

Въ данномъ мною опредѣленіи закона не упоминается также объ обнародованіи, признаваемомъ многими существенною принадлежностью закона. Это сдѣлано по той причинѣ, что исторія знаетъ примѣры законовъ не обнародовавшихся. А у насъ, въ настоящее время основные законы предусматриваютъ возможность изданія законовъ, подлежащихъ тайнѣ.

И по вопросу объ основаніи обязательности законовъ нѣтъ установившейся, общепризнанной теоріи. Представители школы естественнаго права видѣли это основаніе въ томъ, будто бы законъ основывается на соглашеніи. Каждый отдѣльный гражданинъ, по ихъ мнѣнію, долженъ подчиняться закону потому, что является участникомъ этого соглашенія. Одни, какъ Гроцій и Гоббезъ, понимали это такъ, что общимъ соглашеніемъ предоставляется опредѣленному лицу или учрежденію право изданія законовъ. Но во второй половинѣ XVIII вѣка это воззрѣніе замѣнилось другимъ, въ силу котораго каждый отдѣльный законъ разсматривался какъ выраженіе общей воли. Такого взгляда держался не только Руссо, но также Кантъ и его послѣдователи. Теорія эта покоится на предположеніи, что соглашеніе, и при томъ всякое соглашеніе, обязательно само по себѣ, и что обязательность его, какъ очевидная, не требуетъ ни доказательства, ни дальнѣйшаго обоснованія. Въ дѣйствительности мы видимъ, однако, совершенно иное. Далеко не всякій договоръ признается обязательнымъ, а только такой, который удовлетворяетъ требованіямъ закона и, слѣдовательно, именно законъ является основой его обязательности. И во всякомъ случаѣ такое обоснованіе обязательной силы закона соглашеніемъ не болѣе какъ фикція, въ корнѣ расходящаяся съ дѣйствительностью, гдѣ мы нерѣдко видимъ законы, идущіе въ разрѣзъ съ общественнымъ мнѣніемъ.

Историческая школа и въ отношеніи къ закону считала основой его обязательности выраженіе въ немъ общаго народнаго правосознанія. Но это такая же фикція, какъ обоснованіе закона общимъ соглашеніемъ. Мы не оспариваемъ существованія общаго правосознанія. Но невозможно утверждать, чтобы всѣ законы выражали только общее народное правосознаніе. Законы могутъ и расходиться съ народнымъ правосознаніемъ, могутъ и противорѣчить ему. Въ государствахъ, населеніе которыхъ состоитъ изъ различныхъ, еще не объединенныхъ совмѣстной поли-

тической жизнью, національностей, такое противорѣчіе какому-нибудь изъ существующихъ въ государствѣ народныхъ правосознаній является даже необходимостью. А между тѣмъ обязательную силу имѣетъ каждый законъ, независимо отъ его содержанія.

Такимъ образомъ, остается искать основанія обязательности законовъ въ томъ, что они издаются органами власти, могущими, съ одной стороны, принудительнымъ образомъ поддержать ихъ осуществленіе въ жизни, а съ другой стороны—являющихся въ глазахъ массы авторитетомъ и потому каждое ихъ велѣніе вызываетъ почти инстинктивное себѣ повиновеніе.

Законы могутъ быть издаваемы вообще такими органами государственной власти, велѣніямъ которыхъ подчинены органы, призванные примѣнять законъ на практикѣ. Въ одномъ и томъ же государствѣ можетъ быть нѣсколько такихъ органовъ, а потому и законы различаются на нѣсколько видовъ по различію субъектовъ, ихъ издающихъ.

Такъ какъ обыкновенно изданіе болѣе важныхъ юридическихъ нормъ предоставляется особому законодательному учрежденію, вѣдающему только законодательство и надзоръ за управленіемъ, а менѣе важныя издаются тѣми же органами, которые выполняютъ функціи собственно исполнительной власти, то сообразно съ этимъ установляемыя органами государственной власти нормы раздѣляются на законы (loi, Gesetz, law) и указы (decret, Verordnung, order). Такъ какъ исполнительныя функціи должны осуществляться сообразно съ законами и самое осуществленіе ихъ подлежитъ надзору законодательнаго учрежденія, то и указы подчинены законамъ; указъ обязателенъ лишь подъ условіемъ непротиворѣчія его законамъ.

Въ основаніи такого формальнаго различія законовъ и указовъ, по различію властей, ихъ издающихъ, лежитъ, конечно, мысль, что они различаются и по содержанію. Болѣе важныя юридическія нормы, касающіяся наиболѣе существенныхъ интересовъ гражданъ, должны быть установляемы не иначе, какъ съ ихъ согласія или, по крайней мѣрѣ, съ согласія ихъ представителей. Опредѣленіе же второстепенныхъ подробностей можетъ быть предоставлено одностороннему усмотрѣнію правительства, болѣе компетентнаго въ вопросахъ техническихъ подробностей. Но это матеріальное различіе указовъ и законовъ не поддается опредѣленной и практически осуществимой формулировкѣ, такъ какъ невозможно найти объективной мѣры и внѣшняго признака для распознаванія въ этомъ отношеніи важнаго и неважнаго. Потому вездѣ въ конституціонныхъ государствахъ установился на практикѣ такой порядокъ, что указъ не можетъ отмѣнять или измѣнять закона, и, слѣдовательно, все, чего разъ коснулись законодательныя опредѣленія, входитъ уже въ исключительную компетенцію законодательной власти, развѣ она сама уполномо-

чить правительство на нормировку этихъ предметовъ его указами. Напротивъ, по всѣмъ вопросамъ, не получившимъ законодательной нормировки, правительство самостоятельно установляетъ юридическія нормы своими указами. Отъ этого общаго правила, опредѣляющаго взаимное соотношеніе указовъ и законовъ, допускается отступленіе лишь въ случаяхъ крайней необходимости, ради безопасности государства принять чрезвычайныя мѣры, не предусмотрѣнныя закономъ, и невозможности совершить это законодательнымъ порядкомъ. Въ такихъ случаяхъ правительство, опираясь на крайнюю необходимость, можетъ издать указъ и противорѣчащій законамъ, но подъ условіемъ отвѣтственности за это министровъ предъ палатами.

И законы и указы представляютъ и дальнѣйшія подраздѣленія, опять-таки по различію издающихъ ихъ органовъ. Во многихъ государствахъ законы въ собственномъ смыслѣ, какъ нормы, издаваемыя органами, не осуществляющими функцій исполнительныхъ, подраздѣляются на законы обыкновенные и законы основные, издаваемые или особыми органами или по крайней мѣрѣ особымъ порядкомъ. Точно также и указы различаются смотря по тому, издаются ли они главою исполнительной власти—указы верховнаго управленія, или подчиненными органами управленія, и притомъ или центральными, или мѣстными.

Такъ какъ различіе законовъ и указовъ чисто формальное, то изъ противоположенія закона указу получается понятіе закона въ формальномъ смыслѣ. Законы въ формальномъ смыслѣ суть только акты законодательнаго учрежденія. Въ противоположность этому понятіе закона въ смыслѣ всякой вообще юридической нормы, установленной органомъ власти, все равно въ законодательной формѣ или въ формѣ указа, какъ обусловленное только содержаніемъ, есть понятіе закона въ матеріальномъ смыслѣ. Слѣдовательно, и указы, насколько они содержатъ юридическія нормы, подходятъ подъ понятіе закона въ матеріальномъ смыслѣ.

Процессъ образованія закона распадается на нѣсколько рѣзко отдѣленныхъ стадій, особенно рѣзко обособленныхъ тамъ, гдѣ законодательная функція осуществляется, какъ въ конституціонныхъ государствахъ, правительствомъ совмѣстно съ народнымъ представительствомъ. Различаютъ именно: 1) инціативу закона; 2) обсужденіе законопроекта; 3) санкцію; 4) промульгацію, и 5) обнародованіе или публикацію. Инціатива есть оффиціальное возбужденіе вопроса объ изданіи новаго, имѣющее ту силу, что оффиціально возбужденный вопросъ долженъ быть обсужденъ законодательнымъ учрежденіемъ. Инціатива можетъ быть организована по четыремъ различнымъ типамъ. Право законодательной инціативы можетъ быть предоставлено: 1) только правительству, какъ это было, напр., во Франціи въ эпоху второй имперіи, или 2) только парламенту, какъ это практикуется теперь въ Сѣверо-Американскихъ Штатахъ; 3) пра-

вительству и парламенту совмѣстно, какъ это установлено въ большинствѣ конституціонныхъ государствъ, и, наконецъ, 4) сверхъ правительства и парламента еще и народу непосредственно, примѣромъ чего служитъ Швейцарія.

Право обсужденія законопроектовъ есть главная существенная функція народнаго собранія. Вездѣ, гдѣ оно участвуетъ въ законодательствѣ, оно выполняетъ эту функцію. Но право это можетъ принимать двѣ существенно различныя формы. Оно можетъ, во-первыхъ, быть ограничено только правомъ отвергнуть или принять законопроектъ, какъ онъ есть, безъ права предлагать къ нему измѣненія. Такое ограниченіе права обсужденія законопроектовъ предполагаетъ, конечно, что иниціатива составляетъ исключительное право правительства. Но въ современныхъ государствахъ установилось право обсужденія въ болѣе широкомъ объемѣ, включая въ себѣ не только право принять или отвергнуть законопроектъ, но и право предлагать къ нему всевозможныя поправки. Если парламентъ состоитъ изъ двухъ палатъ, какъ это бываетъ въ большинствѣ государствъ, каждой изъ нихъ принадлежитъ одинаковое право обсужденія законопроектовъ и на утвержденіе главы правительства законопроекты поступаютъ не иначе, какъ послѣ принятія ихъ обѣими палатами.

Санкція или утвержденіе законопроектовъ всегда принадлежитъ главѣ правительства. Право санкціи предполагаетъ право отказа въ утвержденіи или такъ называемое право *вето*. Вето бываетъ абсолютное и суспензивное. Абсолютное вето заключается въ неограниченномъ правѣ монарха, потому что оно существуетъ только въ монархическихъ государствахъ, отвергать принятые палатами законопроекты.

Суспензивное или задерживающее вето только задерживаетъ превращеніе законопроекта въ законъ, но если палаты настаиваютъ на принятіи законопроекта, онъ получаетъ, при наличности извѣстныхъ условій, обыкновенно повторнаго его принятія палатами, силу закона, помимо воли главы правительства. Эта форма вето примѣняется въ республикахъ, а также и въ нѣкоторыхъ монархіяхъ, напр., въ Норвегіи и въ бывшей бразильской имперіи.

Законъ, принятый палатами и утвержденный главой правительства, затѣмъ обращается къ исполненію, что и составляетъ т. н. промульгацію и публикуется во всеобщее свѣдѣніе.

Въ большинствѣ конституціонныхъ государствъ, какъ было уже сказано, законы въ тѣсномъ смыслѣ подраздѣляются въ свою очередь на *обыкновенные* и *конституціонные*. Конституціонными называются законы, опредѣляющіе основныя начала государственнаго устройства страны и издаваемые особымъ, осложненнымъ порядкомъ. Въ однихъ государствахъ изданіе ихъ принадлежитъ тѣмъ же учрежденіямъ, что и из-

даніе законовъ обыкновенныхъ, но при обсужденіи ихъ примѣняются болѣе сложныя формы, обезпечивающія большую обдуманность; такой порядокъ установленъ, напр., въ Пруссіи и Франціи. Въ другихъ государствахъ власть изданія конституціонныхъ законовъ или *власть учредительная* отличается отъ обыкновенной законодательной власти и считается принадлежащей только народу непосредственно, а не собранію его представителей. Такой порядокъ изданія конституціонныхъ законовъ существуетъ въ Швейцаріи.

Законъ тѣмъ существенно отличается отъ другихъ источниковъ права, что онъ представляетъ не актъ *примѣненія* нормы, какъ обычай или судебная практика, а актъ ея *установленія.* Потому дѣйствіе закона точно опредѣлено не только по отношенію къ мѣсту, но и по отношенію ко времени. Законы дѣйствуютъ только съ момента своего изданія, такъ что все совершившееся до его изданія не подходитъ подъ его опредѣленія. Онъ можетъ быть изданъ или на опредѣленный срокъ, или безсрочно, на неопредѣленное время. Въ первомъ случаѣ дѣйствіе закона прекращается съ истеченіемъ срока. Во второмъ, дѣйствіе закона прекращается отмѣной его или вновь изданнымъ закономъ или обычаемъ.

Основаніемъ для опредѣленія момента вступленія закона въ дѣйствіе принимается обыкновенно обнародованіе. Обнародованіе законовъ совершается въ настоящее время посредствомъ печатанія ихъ въ особо для того предназначаемомъ оффиціальномъ изданіи. Но, конечно, законъ не можетъ сдѣлаться извѣстнымъ населенію въ самый моментъ выхода въ свѣтъ того нумера собранія узаконеній, въ которомъ онъ напечатанъ. Нужно время для разсылки этого нумера по различнымъ мѣстностямъ государства; нужно время для его прочтенія. Поэтому всего удобнѣе считать, какъ это установлено въ Германской имперіи, что законъ вступаетъ въ силу по прошествіи нѣсколькихъ дней по выходѣ соотвѣтственнаго нумера собранія узаконеній. Если этотъ срокъ достаточно продолжительный, онъ можетъ быть общимъ для всѣхъ мѣстностей государства, а это представляетъ ту выгоду, что тогда законъ вступаетъ въ силу во всемъ государствѣ одновременно. Въ Германіи установленъ 14-дневный срокъ для всей имперіи и только для колоній установленъ особый четырехмѣсячный срокъ.

Дѣйствіе закона прекращается или истеченіемъ срока, если законъ былъ изданъ на опредѣленный срокъ, или изданіемъ новаго закона, его отмѣняющаго. Изданіе новой конституціи отмѣняетъ старую лишь въ тѣхъ ея частяхъ, которыя замѣнены постановленіями новой. Остальныя же постановленія старой конституціи, ничѣмъ не замѣненныя въ новой, сохраняютъ дѣйствіе и только теряютъ значеніе конституціоннаго закона. Такъ, по крайней мѣрѣ, практикуется во Франціи.

Законодательство слагается изъ ряда отдѣльныхъ постановленій, изда-

ваемыхъ одно за другимъ, по мѣрѣ надобности. Такая дробность уже сама по себѣ представляетъ большія неудобства, затрудняя ознакомленіе съ законодательствомъ. Но это неудобство еще усиливается тѣмъ, что отдѣльныя постановленія, относясь по своему происхожденію иногда къ весьма различнымъ эпохамъ, представляются существенно разнородными, являясь выраженіемъ различныхъ, или даже противоположныхъ, принциповъ, какими въ разное время руководствовалось правительство. Въ такомъ случаѣ неизбѣжны несоотвѣтствіе и противорѣчіе отдѣльныхъ частей законодательства между собой.

Поэтому систематическая обработка законодательства, соединеніе отдѣльныхъ его постановленій въ одно систематическое цѣлое представляется существенной практической потребностью. Такое объединеніе можетъ совершаться двоякимъ путемъ: посредствомъ *инкорпораціи* и *кодификаціи* [1]).

Подъ инкорпораціей разумѣютъ такую форму систематической обработки законодательства, когда составитель ограниченъ въ выборѣ матеріала однимъ дѣйствующимъ законодательствомъ, когда имѣется въ виду измѣнить только форму, оставляя неизмѣннымъ самое содержаніе. Инкорпорація даетъ объединеніе уже имѣющемуся на лицо законодательному матеріалу. Поэтому она, конечно, можетъ дать только внѣшнее объединеніе: противорѣчій въ самомъ содержаніи она устранить не можетъ.

Кодификація не ограничивается измѣненіемъ только формы, она даетъ систематическое объединеніе и содержанія, а потому кодификаторъ не ограничивается однимъ дѣйствующимъ въ моментъ составленія кодекса законодательствомъ. Онъ можетъ черпать свой матеріалъ и изъ обычнаго права, и изъ судебной практики, и изъ иностраннаго права, и изъ научной литературы. Кодексъ является не новой только формой стараго закона, а новымъ закономъ въ полномъ смыслѣ слова.

ГЛАВА II.

Источники русскаго права.

§ 55. Соотношеніе различныхъ источниковъ.

Градовскій. Начала русскаго государственнаго права, т. I, стр. 11. *Цитовичъ.* Курсъ гражданскаго права, вып. I. *Таганцевъ.* Лекціи по русскому уголовному праву, вып. I, стр. 141.

Источники русскаго права тѣ же самые, что и всякаго положительнаго права: законъ, обычай, судебная практика. Правда, ст. 47 нашихъ

[1]) *Жинульякъ.* О кодификаціи и ея вліяніи на законодательство и науку права. Въ „Юрид. Вѣстникѣ" за 1876 годъ.

Основныхъ Законовъ постановляетъ, что „Имперія Россійская управляется на твердомъ основаніи положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ Самодержавной Власти исходящихъ“, какъ бы вовсе исключая этимъ допустимость примѣненія другихъ юридическихъ нормъ, кромѣ законовъ. А ст. 65 тѣхъ же Основныхъ Законовъ требуетъ механическаго примѣненія закона „по точному и буквальному смыслу оныхъ“: не допуская „обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“. При такихъ условіяхъ, казалось бы, у насъ не можетъ имѣть мѣста установленіе юридическихъ нормъ ни путемъ обычая, ни посредствомъ судебной практики. Въ дѣйствительности, однако, и судебная практика и, въ особенности, обычай имѣютъ у насъ весьма большое значеніе.

Это несоотвѣтствіе постановленій Основныхъ Законовъ съ дѣйствительнымъ положеніемъ дѣла объясняется прежде всего тѣмъ, что составители Свода находились подъ вліяніемъ старыхъ воззрѣній, видѣвшихъ въ законѣ единственный источникъ права и потому не признававшихъ самостоятельнаго значенія ни за обычаемъ, ни за судебной практикой. Къ тому же во время составленія Свода Законовъ главная масса крестьянства, живущаго почти исключительно обычаемъ, находилась въ крѣпостной зависимости и потому законодательство почти вовсе не касалось ихъ взаимныхъ отношеній.

Что же касается судебной власти, то въ то время она не была еще отдѣлена отъ власти законодательной, и высшая судебная инстанція (государственный совѣтъ) была вмѣстѣ съ тѣмъ и законодательнымъ учрежденіемъ, а потому, конечно, и судебная практика не могла получить значенія самостоятельнаго источника права. Если судъ усматривалъ неясность или неполноту законодательства, онъ долженъ былъ представлять о томъ въ высшую инстанцію, и такъ, переходя изъ инстанціи въ инстанцію, дѣло доходило до государственнаго совѣта, гдѣ оно разрѣшалось Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ совѣта, слѣдовательно законодательнымъ порядкомъ. И такія мнѣнія совѣта по частнымъ казусамъ играли весьма видную роль въ развитіи нашего законодательства. Значительное число и теперь дѣйствующихъ законодательныхъ постановленій имѣютъ такое казуистическое происхожденіе. При такихъ условіяхъ составителямъ Свода Законовъ не было основанія упоминать о судебной практикѣ, какъ о самостоятельномъ источникѣ права. Судебныя рѣшенія тогда постоянно превращались въ законодательныя постановленія. Между тѣми и другими не было строгаго разграниченія. Но въ настоящее время все это измѣнилось, и въ самомъ Сводѣ Законовъ можно найти ограниченія начала, выраженнаго въ 47 ст. Основныхъ Законовъ.

Современное наше законодательство, во-первыхъ, въ довольно широкомъ объемѣ допускаетъ примѣненіе судами юридическихъ обычаевъ. Законъ разрѣшаетъ, во-первыхъ, мировымъ судамъ руководствоваться

общеизвѣстными мѣстными обычаями по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно не разрѣшаемыхъ закономъ“ (Уст. Гр. Судопр., ст. 130). Во-вторыхъ, обычаемъ могутъ руководствоваться нѣкоторые особенные суды, а именно: *волостные, коммерческіе* и *инородческіе.* Особенное значеніе имѣетъ примѣненіе юридическихъ обычаевъ волостными судами, такъ какъ имъ подвѣдомы почти всѣ гражданскія дѣла крестьянъ, т. е. самой многочисленной части населенія Россіи.

Съ совершившимся съ судебной реформой 1864 г. разграниченіемъ судебной власти отъ законодательной отмѣнено было также и прежнее запрещеніе толкованія законовъ. Въ настоящее время судамъ предписывается всякое дѣло рѣшать на основаніи существующихъ законовъ, не останавливая рѣшенія, подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ (ст. 10 Уст. Гр. Суд. и ст. 13 Уст. Уг. Суд.), а выполнить такое требованіе можно только при свободномъ толкованіи законодательныхъ постановленій. При этомъ судебныя дѣла уже не могутъ болѣе восходить въ государственный совѣтъ на разрѣшеніе ихъ въ законодательномъ порядкѣ. Судебная власть должна сама разрѣшать каждый представившійся ей вопросъ. И въ дѣйствительности наша судебная практика, особенно кассаціонная, вслѣдствіе неполноты и казуистическаго характера нашего законодательства, по необходимости заурядъ имѣетъ творческій характеръ.

При всемъ томъ законодательство у насъ, какъ и въ другихъ современныхъ государствахъ, является главнымъ, преобладающимъ источникомъ права. Однако, не всѣ юридическія нормы, установляемыя органами власти, установляются самою верховною властью. И органы подчиненнаго управленія въ значительной степени надѣлены правомъ своими указами установлять юридическія нормы, конечно, подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ. Такъ, это право предоставлено губернаторамъ, городскимъ думамъ и губернскимъ земскимъ собраніямъ, а также цѣлымъ рядомъ спеціальныхъ на то полномочій—отдѣльнымъ министрамъ.

Въ виду всего сказаннаго, ст. 47 Осн. Зак. должна быть толкуема ограничительно. Законы, отъ Самодержавной власти исходящіе, не представляются единственными юридическими нормами, имѣющими у насъ обязательную силу. Самимъ законодательствомъ допускается въ извѣстныхъ границахъ дѣйствіе обычнаго права, значительная самостоятельность судебной практики и установленіе обязательныхъ для гражданъ юридическихъ нормъ указами подчиненныхъ органовъ власти. Поэтому ст. 47 должна быть понимаема въ томъ смыслѣ, что законы, изданные Самодержавной властью, являются высшей формой дѣйствующихъ у насъ нормъ положительнаго права: ими опредѣляются условія и границы обяза-

тельной силы юридическихъ нормъ, выразившихся въ другихъ формахъ. Обычаи, судебная практика, указы подчиненныхъ органовъ—все это въ своемъ дѣйствіи подчинено законамъ, исходящимъ отъ Самодержавной власти.

§ 56. Русское законодательство.

Градовскій. Начала русскаго государственнаго права, т. I. *Коркуновъ.* Русское государственное право, II, стр. 28—88. *Его-же.* Указъ и законъ, стр. 289—357.

Русскому государю, какъ монарху самодержавному, принадлежитъ неограниченная власть и въ осуществленіи законодательной функціи онъ не связанъ обязанностью соглашенія съ какимъ-либо другимъ органомъ. Отъ его единой воли зависитъ рѣшеніе всѣхъ законодательныхъ вопросовъ.

Отсюда многіе заключаютъ, что всякое Высочайшее повелѣніе есть законъ. Изъ безграничности власти монарха выводятъ полное безразличіе обязательной силы всѣхъ его велѣній. Всѣмъ проявленіямъ Высочайшей воли приписываютъ одинаковую силу и тѣмъ самымъ отвергаютъ возможность различать законы и Высочайшіе указы, имѣющіе силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ. Въ такомъ смыслѣ высказался еще Сперанскій и съ тѣхъ поръ это воззрѣніе остается господствующимъ въ нашей юридической литературѣ.

Однако, если обратиться къ основнымъ законамъ, въ нихъ нельзя не замѣтить весьма опредѣленно выраженное стремленіе установить различіе между законами и другими Высочайшими повелѣніями.

Порядокъ составленія и отмѣны законовъ, а также ихъ форма опредѣлены особыми, спеціальными правилами, не примѣняемыми къ другимъ Высочайшимъ повелѣніямъ. Такъ относительно составленія законовъ ст. 50 постановляетъ, что „всѣ предначертанія законовъ разсматриваются въ государственномъ совѣтѣ“; относительно внѣшней формы законовъ ст. 53 даетъ общій перечень всѣхъ разнообразныхъ формъ, въ какихъ у насъ издаются законы, а ст. 54 и 55 указываютъ различіе внѣшней формы *новыхъ* законовъ и *дополненій* къ законамъ прежде изданнымъ, требуя для новыхъ законовъ непремѣнно Высочайшей подписи и допуская изданіе дополненій на основаніи словесно выраженной Высочайшей воли; наконецъ, ст. 73 говоритъ, что законы отмѣняются тѣмъ же самымъ порядкомъ, какимъ издаются.

Установивъ такимъ образомъ признаки закона въ отличіе отъ другихъ Высочайшихъ повелѣній, Основные Законы предусматриваютъ затѣмъ въ ст. 77 и возможность случаевъ противорѣчія Высочайшихъ повелѣній закону, уполномочивая представлять о такихъ противорѣчіяхъ отъ подчиненныхъ мѣстъ—сенату, а отъ сената самой верховной власти.

Но, можетъ быть, всѣ эти постановленія Основныхъ Законовъ выражаютъ собою именно только стремленіе, не осуществимое на дѣлѣ въ абсолютной монархіи? И съ этимъ нельзя согласиться. Безграничность власти вовсе не предполагаетъ непремѣнно безразличности велѣній. Пользующійся неограниченною властью можетъ самъ намѣренно придать разнымъ своимъ велѣніямъ и разную силу, а потребность въ проведеніи такого различія между велѣніями, установляющими общія, основныя начала, и велѣніями, опредѣляющими частности, чувствуется въ каждомъ государствѣ. Въ частности и у неограниченнаго монарха, одинаково призваннаго своею властью и установлять общія руководящія начала государственной дѣятельности, и опредѣлять отношеніе къ выдвигаемымъ жизнью частнымъ конкретнымъ вопросамъ, не можетъ не явиться потребность въ возможно строгомъ разграниченіи актовъ, долженствующихъ имѣть общее руководящее значеніе, отъ относящихся только къ преходящимъ условіямъ минуты. Для этого необходимо присвоить тѣмъ и другимъ актамъ, законодательнымъ и правительственнымъ, строго опредѣленныя и легко различимыя формы. Никакихъ человѣческихъ способностей не хватитъ на то, чтобы, постоянно имѣя дѣло съ множествомъ разнообразныхъ конкретныхъ случаевъ, встрѣчаясь съ неотложными, постоянными запросами минуты, соблюсти въ разрѣшеніи всего этого пестраго разнообразія дѣлъ сколько-нибудь послѣдовательное осуществленіе разъ принятыхъ въ руководство общихъ началъ, если начала эти не будутъ выражены въ особой, отличающей ихъ, законодательной формѣ, если всякое частное отступленіе отъ нихъ не будетъ, такъ сказать, подчеркиваемо необходимостью облекать его въ ту же внѣшнюю форму, въ какой установлены и самыя эти начала. Если такого внѣшняго различія формъ законодательныхъ и собственно правительственныхъ актовъ не будетъ установлено, на каждомъ шагу окажется опасность недостаточно обдуманныхъ и даже совершенно безсознательныхъ отступленій. Каждому отдѣльному человѣку, въ его частной дѣятельности, не легко выдерживать послѣдовательное проведеніе разъ принятыхъ принциповъ подъ давленіемъ окружающей среды, столкновеній съ противорѣчивыми интересами другихъ людей, затрудненій, порождаемыхъ практическими условіями дѣятельности. А въ государственномъ управленіи, въ силу чрезвычайной сложности условій и разнообразія задачъ дѣятельности, эта трудность соблюсти послѣдовательность сказывается еще сильнѣе. Между тѣмъ непослѣдовательность, отсутствіе системы въ государственномъ управленіи еще большее зло, чѣмъ въ частной дѣятельности; послѣдствія безсистемности тутъ еще гибельнѣе, благодаря отсутствію естественнаго, объединяющаго стимула, какимъ, въ частной дѣятельности, служитъ непосредственный личный интересъ.

Такимъ образомъ, въ неограниченной монархіи не меньше, чѣмъ

при какой-либо другой формѣ правленія, даетъ себя чувствовать потребность обособленія изъ общей сферы верховнаго управленія особаго разряда актовъ верховной власти, имѣющихъ особую отличительную форму, придающую имъ высшую, безусловную силу, значеніе законодательнаго акта. Такое обособленіе возможно и безъ ограниченія власти монарха, потому что и абсолютный монархъ можетъ проявлять свою волю въ различныхъ формахъ, изъ которыхъ однимъ можетъ быть присвоено высшее значеніе, другимъ—низшее. Неограниченный монархъ имѣетъ даже меньше побужденій отступать отъ строгаго соблюденія этихъ формъ, чѣмъ монархъ конституціонный. Разъ власть монарха въ дѣлахъ законодательныхъ ограничена соучастіемъ народнаго представительства, для монарха можетъ представляться весьма соблазнительнымъ расширять какъ можно больше область примѣненія своихъ одностороннихъ велѣній, въ которыхъ онъ не связанъ согласіемъ парламента. Конституціонный монархъ не всегда можетъ быть увѣренъ въ согласіи парламента на задуманныя имъ мѣры или постановленія. Онъ можетъ встрѣтить оппозицію къ принятію и такихъ мѣръ, которыя онъ считаетъ безусловно необходимыми. Въ совершенно иныя условія дѣятельности поставленъ абсолютный монархъ. И въ законодательствѣ и въ управленіи онъ одинаково неограниченъ, одинаково полновластенъ. Поэтому у него не можетъ быть никакого интереса не соблюдать имъ самимъ установленныхъ формъ законодательныхъ актовъ. И соблюдая эти формы, онъ остается также свободенъ, какъ и дѣйствуя въ порядкѣ управленія. Только у отдѣльныхъ совѣтниковъ монарха, стремящихся подчинить его всецѣло своему одностороннему и исключительному вліянію, можетъ явиться интересъ устранять примѣненіе болѣе сложныхъ формъ обсужденія законодательныхъ актовъ, формъ, обусловливающихъ участіе болѣе широкаго круга совѣтниковъ. Но самому монарху строгое соблюденіе разъ установленныхъ формъ законодательства не можетъ представляться стѣснительнымъ. Его власть будетъ проявляться тѣмъ свободнѣе, чѣмъ полнѣе, всестороннѣе, обдуманнѣе будетъ предварительное обсужденіе его предначертаній. Выслушавъ многихъ и по возможности независимыхъ совѣтниковъ, монарху въ своемъ рѣшеніи будетъ тѣмъ легче стать выше односторонняго вліянія узкихъ, партійныхъ или своекорысныхъ стремленій того или другого отдѣльнаго совѣтника. Смѣшенія формъ законодательства и управленія могутъ требовать личные интересы приближенныхъ къ монарху лицъ, оберегающихъ свое вліяніе на него, но сама по себѣ неограниченность власти монарха отнюдь не предполагаетъ такого безразличія актовъ законодательства и актовъ управленія.

Итакъ мы должны признать, что не всякое Высочайшее повелѣніе законъ, а лишь то, которое состоялось согласно ст. 50 Осн. Зак., т. е. по предварительному обсужденію въ государственномъ совѣтѣ. Но госу-

дарственный совѣтъ выполняетъ только совѣщательную функцію. Онъ самъ никакихъ вопросовъ не рѣшаетъ, а только высказываетъ по дѣламъ, зависящимъ отъ разрѣшенія Верховной власти, мнѣнія: единогласное мнѣніе, если единогласіе состоится, или „равныя мнѣнія“, если голоса раздѣлятся. Но всѣ эти мнѣнія государственнаго совѣта для Государя не обязательны. Государь, выслушавъ или, какъ писалось при Александрѣ I въ манифестахъ, „внявъ мнѣнію государственнаго совѣта“, свободно постановляетъ рѣшеніе, согласно или мнѣнію большинства, или мнѣнію меньшинства, или хотя бы свое собственное рѣшеніе, вовсе не нашедшее себѣ выраженія въ совѣтѣ.

Вопреки высказанному въ нашей литературѣ весьма авторитетному мнѣнію (А. Д. Градовскаго), мы не можемъ отожествлять различія словесныхъ и подписанныхъ Высочайшихъ повелѣній съ различіемъ законовъ и указовъ. Съ одной стороны, и законы, издаваемые при участіи государственнаго совѣта, не всегда утверждаются Высочайшею подписью. Нерѣдко утвержденіе совершается хотя и собственноручно Государемъ, но не подписью, а словами „быть по сему“, а въ другихъ случаяхъ и словесно выраженнымъ соизволеніемъ на утвержденіе даннаго законопроекта. Постановленіе ст. 54 основныхъ законовъ, что „новый законъ постановляется не иначе, какъ за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ“, существенно ограничено въ своемъ значеніи слѣдующею 55 статьею, допускающей изданіе „дополненій“ закона и безъ собственноручнаго Высочайшаго подписанія. А при современномъ развитіи законодательства, большинство новыхъ законовъ могутъ быть разсматриваемы какъ дополненія уже существующихъ. Съ другой стороны требованіе Высочайшей подписи въ силу ст. 66 Осн. Законовъ распространяется и на такіе акты Верховной власти, которые совершенно чужды законодательнаго характера, напр., при пожалованіи или лишеніи дворянства, назначеніи на высшія должности, выдачѣ изъ казны денежныхъ суммъ и т. п. Это объясняется, конечно, тѣмъ, что собственноручная Высочайшая подпись гарантируетъ не болѣе глубокое и разностороннее обсужденіе, не большую обдуманность, а только большую достовѣрность даннаго акта, его подлинность и потому требуется во всѣхъ болѣе важныхъ актахъ независимо отъ того, имѣютъ ли они законодательный характеръ или нѣтъ.

Ко всему этому надо добавить, что мнѣніе Градовскаго основывалось главнымъ образомъ на допущенной въ изданіи 1857 года [1]) опечаткѣ въ текстѣ ст. 77 Осн. Зак. Въ подлинномъ текстѣ этой статьи въ изданіяхъ 1832 и 1842 гг. говорилось о правѣ представлять о замѣченныхъ противорѣчіяхъ объявляемыхъ Высочайшихъ повелѣній всякому закону, въ какой бы формѣ онъ ни былъ изданъ, а благодаря опечаткѣ изданія

[1]) Сохранившейся и въ изданіи 1892 года.

1857 г., получился такой смыслъ, будто представлять можно лишь о противорѣчіи закону, изданному за Высочайшимъ подписаніемъ.

Что касается отдѣльныхъ стадій образованія закона, то у насъ, при отсутствіи народнаго представительства, право почина принадлежитъ только правительству: прежде всего государю, но, кромѣ того, это право предоставлено сенату и синоду, которые также могутъ вносить на обсужденіе государственнаго совѣта законодательные вопросы. Но министры правомъ законодательнаго почина не пользуются, такъ какъ на внесеніе въ совѣтъ законопроектовъ они должны каждый разъ испрашивать особое Высочайшее соизволеніе. Самъ государственный совѣтъ правомъ почина также не пользуется: онъ можетъ обсуждать лишь внесенные въ него законопроекты.

Обсужденіе законопроектовъ происходитъ сначала въ одномъ изъ департаментовъ совѣта, служащихъ какъ бы подготовительными коммиссіями, а затѣмъ, въ общемъ собраніи, членами котораго, кромѣ лицъ, особо назначаемыхъ Высочайшей властью, являются по должности своей всѣ министры. Мнѣнія совѣта представляются Государю въ краткихъ выпискахъ изъ журнала засѣданія, называемыхъ меморіями. Высочайшая воля по обсужденнымъ въ совѣтѣ законодательнымъ вопросамъ выражается, смотря по важности предмета, или письменно, или словесно, и притомъ въ различныхъ формахъ, въ зависимости отъ того, утверждается ли мнѣніе большинства или нѣтъ. Утвержденіе мнѣнія большинства совѣта совершается или собственноручнымъ Высочайшимъ надписаніемъ словъ „быть по сему", или отмѣткой Высочайшей резолюціи за подписью предсѣдателя совѣта. Въ другихъ случаяхъ Высочайшая воля выражается или именнымъ указомъ за подписаніемъ Высочайшаго имени, или словеснымъ Высочайшимъ повелѣніемъ, объявляемымъ совѣту его предсѣдателемъ.

Внѣшнія формы нашихъ законовъ весьма разнообразны. Можно различать *полную* и *сокращенную* формы законодательныхъ актовъ. Полная форма представляетъ расчлененіе на три части: 1) самый текстъ закона; 2) мнѣніе государственнаго совѣта, опредѣляющее порядокъ перехода отъ стараго порядка къ новому, и 3) повелѣніе Государя объ обнародованіи и введеніи закона въ дѣйствіе. Текстъ закона носитъ различныя наименованія: устава, учрежденія, положенія, правилъ. Но этому различію названій на практикѣ не соотвѣтствуетъ опредѣленное различіе въ содержаніи. Повелѣніе Государя объ обнародованіи и введеніи въ дѣйствіе выражается въ именномъ указѣ правительствующему сенату. Въ случаѣ же изданія особо важныхъ законовъ, Государь, кромѣ того, непосредственно обращается къ подданнымъ съ манифестомъ, объявляя въ немъ объ изданіи новаго закона и объясняя мотивы, вызвавшіе его изданіе.

Но такая полная форма примѣняется сравнительно рѣдко. Чаще она сокращается. Рѣже всего издаются манифесты, какъ непосредственное обращеніе Верховной власти къ подданнымъ. Затѣмъ часто дѣло обходится и безъ именного указа сенату. Въ такомъ случаѣ законодательный актъ слагается только изъ двухъ частей: 1) мнѣнія государственнаго совѣта и 2) самаго текста закона. Если же законъ не обширенъ, то текстъ его заключается въ самое мнѣніе государственнаго совѣта. Немногосложные законы составляются иногда и изъ одного только именного указа сенату: указъ этотъ содержитъ въ такомъ случаѣ и самый текстъ закона и повелѣніе сенату его обнародовать и привести въ исполненіе.

Обнародованіе законовъ совершается у насъ чрезъ посредство правительствующаго сената (по первому департаменту), который разсылаетъ новые законы при вѣдѣніяхъ въ равныя ему и при указахъ въ подчиненныя ему присутственныя мѣста и, кромѣ того, печатаетъ ихъ во всеобщее свѣдѣніе въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства. Этимъ обезпечивается возможность какъ правительственнымъ учрежденіямъ и лицамъ, такъ и частнымъ лицамъ ознакомиться съ содержаніемъ вновь издаваемыхъ законовъ. Но постановленія нашего законодательства, относительно момента вступленія въ силу вновь издаваемыхъ законовъ, представляются весьма неопредѣленными и неудобными. Постановленія эти, относящіяся еще къ законодательству прошлаго столѣтія, имѣютъ въ виду обезпеченіе извѣстности новаго закона только присутственнымъ мѣстамъ, а не населенію, и редижированы весьма неопредѣленно. Прежде всего наши Основные Законы (ст. 57 и 58) установляютъ какъ бы два слѣдующихъ другъ за другомъ обнародованія одного и того же закона. Ст. 57 Осн. Зак. говоритъ, что „законы обнародываются во всеобщее извѣстіе сенатомъ“, а по ст. 58 „обнародываніе закона въ губерніи принадлежитъ токмо губернскому правленію“. Но такъ какъ вся территорія имперіи раздѣлена на губерніи, то, спрашивается, какую же силу имѣетъ обнародованіе закона сенатомъ? Затѣмъ, по смыслу ст. 59 Осн. Зак., для присутственныхъ мѣстъ, законъ получаетъ силу и долженъ быть ими примѣняемъ раньше, чѣмъ онъ сдѣлается обязательнымъ для частныхъ лицъ. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 59 говоритъ, что въ присутственныхъ мѣстахъ каждый законъ воспріемлетъ свою силу и долженъ быть прилагаемъ къ дѣламъ не прежде, какъ со дня полученія его въ томъ мѣстѣ, къ исполненію коего оный подлежитъ“. Слѣдовательно, всякое присутственное мѣсто, въ томъ числѣ и сенатъ и губернское правленіе, должны примѣнять новые законы со времени ихъ полученія, а обнародывать ихъ они могутъ конечно только послѣ полученія, и моментъ полученія никогда не можетъ совпадать съ моментомъ обнародованія. Между тѣмъ законъ долженъ получить силу

одновременно и для частныхъ лицъ и для присутственныхъ мѣстъ, обсуждающихъ ихъ права и обязанности на основаніи новаго закона. Сила закона въ томъ и заключается, что имъ опредѣляются права и обязанности. Несообразные выводы, получаемые изъ буквальнаго смысла постановленій Основныхъ Законовъ о вступленіи закона въ силу, объясняются единственно тѣмъ, что постановленія эти опредѣляютъ порядокъ ознакомленія съ содержаніемъ вновь издаваемыхъ законовъ только для присутственныхъ мѣстъ. О томъ, что считать моментомъ обнародованія закона „во всеобщее извѣстіе", въ нихъ нѣтъ никакого указанія. Начало ст. 59 лишь общимъ образомъ опредѣляетъ, что „законъ получаетъ обязательную силу не прежде, какъ со дня его объявленія". Но что надо считать днемъ объявленія—не указано. Правда, въ учрежденіи правительствующаго сената, въ примѣчаніи къ ст. 19, говорится, что указомъ сената опредѣлено: „распубликованіе закона въ собраніи узаконеній имѣетъ значеніе оффиціальнаго его обнародованія", и это, казалось бы, можно понимать такъ, что такое распубликованіе и опредѣляетъ моментъ полученія закономъ обязательной силы для частныхъ лицъ. Но и такое толкованіе приводитъ къ несообразному выводу. Принявъ его, пришлось бы признать, что для частныхъ лицъ законъ получаетъ обязательную силу раньше, чѣмъ для присутственныхъ мѣстъ, потому что разсылка сенатомъ новыхъ законовъ совершается именно въ листахъ Собранія узаконеній. Такимъ образомъ остается принять, какъ это дѣлается и въ практикѣ и въ литературѣ, что и для частныхъ лицъ законъ получаетъ силу съ того же времени, какъ и для присутственныхъ мѣстъ, и слѣдовательно, въ дѣйствительности, прежде его обнародованія „во всеобщее извѣстіе". И къ этому присоединяется еще и то неудобство, что для каждаго отдѣльнаго присутственнаго мѣста время вступленія закона въ дѣйствіе опредѣляется особо и потому можетъ быть различно.

Во всякомъ случаѣ, принятый у насъ порядокъ дѣлаетъ неизбѣжнымъ различіе во времени вступленія закона въ дѣйствіе въ различныхъ мѣстностяхъ и при нашихъ разстояніяхъ это различіе можетъ быть очень велико. Поэтому, зная время распубликованія закона въ Собраніи узаконеній, мы не можемъ еще опредѣлить время вступленія его въ силу. Для этого необходимо для каждой мѣстности въ отдѣльности опредѣлить еще время полученія закона мѣстными присутственными мѣстами.

§ 57. Полное собраніе законовъ.

Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ. 1837.

Кромѣ текущаго „Собранія узаконеній и распоряженій правительства", издаваемаго съ 1863 года, у насъ имѣются еще два сборника за-

коновъ, хронологическій сборникъ всѣхъ законодательныхъ актовъ съ Соборнаго уложенія 1649 года—Полное собраніе законовъ и систематическій сборникъ дѣйствующаго законодательства—Сводъ законовъ.

Такъ какъ это именно *сборники* уже раньше изданныхъ законовъ, а не цѣлостныя внутренно объединенныя переработки законодательства, то ихъ подводятъ подъ понятіе инкорпораціи. Надо сказать, однако, что они представляютъ собою весьма своеобразную форму инкорпораціи, отличаясь отъ другихъ извѣстныхъ инкорпорацій довольно существенными особенностями. Во-первыхъ, это не законченные сборники, какъ, напр., сборники Юстиніана, а текущіе, подлежащіе постоянному пополненію и измѣненію, сообразно движенію законодательства. И Полное Собраніе и Сводъ не представляютъ собою законченной картины нашего законодательства къ опредѣленному историческому моменту его развитія, а, напротивъ, предназначенному служить какъ бы зеркаломъ, отражающимъ въ себѣ всѣ послѣдовательныя измѣненія законодательства. Во-вторыхъ, наши сборники не издаются законодательнымъ порядкомъ, а составляются учрежденіемъ, не осуществляющимъ вовсе законодательныхъ функцій. Первоначально такимъ учрежденіемъ служило Второе Отдѣленіе Собственной Е. И. В. канцеляріи, преобразованное въ 1882 г. въ кодификаціонный отдѣлъ при государственномъ совѣтѣ, а теперь (съ 1893 г.) въ особое отдѣленіе государственной канцеляріи, въ отдѣленіе Свода Законовъ. Составленные этими учрежденіями новые томы Полнаго Собранія или новыя изданія и Продолженія Свода не вносились на уваженіе государственнаго совѣта, какъ это требуется для изданія законовъ.

И Полное Собраніе и Сводъ были первоначально составлены въ царствованіе Императора Николая I. Правда, какъ сборники текущіе, они продолжаютъ составляться и по настоящее время, но это только продолженіе того, что было сдѣлано при Николаѣ I. Поэтому и послѣднее изданіе Свода 1893 года сохраняетъ все тотъ же заголовокъ „Сводъ Законовъ Россійской Имперіи, повелѣніемъ Императора Николая I составленный“.

Попытки составить взамѣнъ Соборнаго уложенія 1649 г. новое уложеніе дѣлались уже въ царствованіе Петра I и затѣмъ повторялись въ теченіе всего прошлаго столѣтія и началѣ настоящаго. Но всѣ онѣ остались безъ практическихъ результатовъ, и Императоръ Николай I рѣшился, вмѣсто составленія новаго уложенія, новаго кодекса, ограничиться составленіемъ сборника дѣйствующихъ законовъ, поручивъ это дѣло Сперанскому. И эта задача представляла тогда немалыя трудности. По существовавшему тогда порядку законы обнародывались отдѣльными печатными листами и не было вовсе ни оффиціальнаго, ни частнаго сколько-нибудь полнаго ихъ сборника. Поэтому для того, чтобы опредѣлить и выдѣлить собственно дѣйствующіе законы, необходимо было прежде

вообще собрать весь накопившійся съ 1649 г. законодательный матеріалъ, расположивъ его просто въ хронологическомъ порядкѣ.

Это и было выполнено составленіемъ въ 1830 г. Перваго Полнаго Собранія Законовъ, обнимающаго собою въ 45 томахъ всѣ законодательные акты, начиная съ Уложенія 1649 г. до 12 декабря 1825 г., т. е. до дня изданія перваго манифеста Николая I [1]), всего 30,920 актовъ. Всѣ законодательные акты помѣщены въ Полномъ Собраніи въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ они первоначально были изданы, безъ всякихъ измѣненій. Порядокъ ихъ расположенія хронологическій по времени ихъ утвержденія. Иногда отмѣченъ при этомъ и день обнародованія, но не всегда. Къ полному собранію, для облегченія справокъ, составлены два указателя, хронологическій и алфавитный, съ систематическимъ къ нему оглавленіемъ.

Одновременно съ Первымъ Полнымъ Собраніемъ приступлено было къ составленію и второго Полнаго Собранія Законовъ, въ которое должны были включаться вновь издаваемые законодательные акты, начиная съ перваго манифеста Николая I. Второе Собраніе составлено по тому же плану, имѣя особую нумерацію.

Уже при восшествіи на престолъ Александра II возбуждался вопросъ, не закончить ли Второе Собраніе и не начать ли съ перваго манифеста Александра II Третье Собраніе. Но тогда это предположеніе было Высочайше отклонено. Затѣмъ по поводу совершившагося 25-лѣтія царствованія покойнаго Государя повелѣно было закончить Второе Собраніе и съ 19 февраля 1880 г. начать Третье Собраніе. Но за послѣдовавшимъ затѣмъ вступленіемъ на престолъ Императора Александра III состоялось 19 октября 1883 года Высочайшее повелѣніе о продолженіи Второго Собранія такъ, чтобы оно обняло всѣ законодательные акты прошлаго царствованія, и начать Третье Собраніе съ перваго манифеста Александра III. Такимъ образомъ законченное теперь Второе Полное Собраніе Законовъ объемлетъ собою законодательные акты двухъ царствованій Николая I и Александра II и состоитъ изъ 55 томовъ.

Составленіе Полнаго Собранія было вызвано разрозненностью нашихъ законовъ, публиковавшихся отдѣльными листами. Съ 1863 года обнародованіе новыхъ законовъ совершается въ особомъ Собраніи узаконеній, представляющемъ собою также цѣльный сборникъ, снабженный хронологическими и алфавитными указателями. Въ силу этого естественно долженъ былъ явиться вопросъ: есть ли надобность въ дальнѣйшемъ составленіи Полнаго Собранія, разъ имѣется уже другой хронологическій сборникъ законовъ, всегда значительно упреждающій по

---

[1]) А не по день восшествія на престолъ, которое считается съ 19 ноября.

времени изданія соотвѣтствующіе тома Полнаго Собранія? Вопросъ этотъ и дѣйствительно былъ неоднократно возбуждаемъ, въ послѣдній разъ въ 1882 г., государственнымъ совѣтомъ, но составленіе Полнаго Собранія тѣмъ не менѣе рѣшено было сохранить и на будущее время.

Доводы, выставленные въ доказательство необходимости сохранить на ряду съ Собраніемъ узаконеній и Полное Собраніе Законовъ, представляются во многихъ отношеніяхъ весьма интересными. Прежде всего указывалось, будто бы только въ Полномъ Собраніи узаконенія помѣщаются въ опредѣленномъ хронологическомъ порядкѣ, въ Собраніи же узаконеній въ совершенно случайномъ. Дѣло въ томъ, что въ Собраніи узаконеній отдѣльные акты печатаются дѣйствительно не въ порядкѣ ихъ утвержденія, а въ порядкѣ ихъ заслушанія сенатомъ. Но это вовсе не случайный порядокъ, а хронологическій порядокъ по времени обнародованія, имѣющій при томъ гораздо большее практическое значеніе, чѣмъ хронологическій порядокъ утвержденія, принятый въ Полномъ Собраніи. Для юриста важно знать, когда законъ вступилъ въ силу, а не то, когда онъ утвержденъ. Время утвержденія можетъ представлять значеніе развѣ только для историка. Затѣмъ выдвигались на видъ неисправность Собранія узаконеній: частыя въ немъ ошибки, неизбѣжныя въ періодическомъ изданіи и могущія быть затѣмъ исправлены. Ошибки возможны, конечно, во всякомъ человѣческомъ дѣлѣ. Но по этому самому онѣ возможны и дѣйствительно встрѣчаются не только въ Собраніи узаконеній, но и въ Полномъ Собраніи, и въ Сводѣ. И во всякомъ случаѣ, исправленіе ошибокъ обнародованнаго текста законовъ должно совершаться какъ можно скорѣе и тѣмъ же способомъ, какимъ совершено самое обнародованіе. Ко всему этому присоединялось прежде еще и то соображеніе, что и по содержанію своему Собраніе узаконеній и Полное Собраніе не совпадали. Соотвѣтствующіе годы Полнаго Собранія заключали обыкновенно въ себѣ гораздо больше, чѣмъ Собраніе узаконеній. Такъ, напр., въ XLI томѣ П. С. З. за 1866 г. помѣщено 1242 узаконенія, въ Собраніи узаконеній за тотъ же годъ только 893. Это объясняется тѣмъ, что бывшее Второе отдѣленіе въ составленіи Второго собранія продолжало держаться тѣхъ же пріемовъ, какіе были приняты при составленіи Перваго, и тогда были вполнѣ умѣстны. Оно не ограничивалось перепечаткой обнародованныхъ Сенатомъ узаконеній, а, стремясь къ возможной полнотѣ матеріала, само разыскивало и печатало необнародованныя и даже такія, которымъ Сенатъ отказалъ въ обнародованіи, такъ какъ они состоялись неподлежащимъ законодательнымъ порядкомъ. Бывшій кодификаціонный отдѣлъ самъ призналъ такое восполненіе содержанія Полнаго Собранія необнародованными матеріалами ненормальнымъ и теперь, въ силу состоявшагося о томъ Высочайшаго повелѣнія, въ Полное Собраніе включаются только обнародованные чрезъ Собраніе узаконеній акты. Но

тѣмъ самымъ при полномъ тожествѣ содержанія обоихъ этихъ сборниковъ еще усиливаются сомнѣнія въ дѣйствительной надобности въ дальнѣйшемъ составленіи Полнаго Собранія.

Существованіе двухъ тожественныхъ по содержанію оффиціальныхъ сборниковъ законовъ можетъ на практикѣ создать и серьезныя неудобства. Два совершенно самостоятельныхъ и независимыхъ другъ отъ друга, различными учрежденіями составляемыхъ сборника никогда не могутъ быть вполнѣ тожественны. По крайней мѣрѣ, ошибки въ нихъ будутъ по необходимости различныя. А къ тому же составители Полнаго Собранія признаютъ за собой право исправлять ошибки текста Собранія узаконеній. Поэтому можетъ оказаться, что одинъ и тотъ же законъ будетъ имѣть различный текстъ въ Собраніи Узаконеній и въ Полномъ Собраніи: какой же изъ этихъ текстовъ должно считать юридически обязательнымъ? Такъ какъ напечатаніе закона въ Собраніи Узаконеній есть одинъ изъ существенныхъ моментовъ самаго изданія закона, а составленіе Полнаго Собранія никакого отношенія къ акту изданія закона не имѣетъ, то и слѣдуетъ считать законъ изданнымъ всегда въ томъ видѣ, какъ онъ напечатанъ въ Собраніи Узаконеній и, въ случаѣ различія текста Собранія Узаконеній и текста Полнаго Собранія, обязательнымъ слѣдуетъ считать текстъ Собранія Узаконеній.

§ 58. Первое изданіе Свода.

Составленіе Полнаго Собранія было задумано какъ необходимая подготовительная мѣра къ составленію сборника дѣйствующихъ законовъ. Такимъ сборникомъ является Сводъ Законовъ. Онъ отличается отъ Полнаго Собранія прежде всего содержаніемъ: Сводъ содержитъ не всѣ законы, а только тѣ, которые сохраняютъ обязательную силу. Затѣмъ и дѣйствующіе законы включены въ Сводъ не цѣликомъ, не въ той самой формѣ, въ какой они были первоначально изданы, а въ извлеченіяхъ, сдѣланныхъ въ формѣ отдѣльныхъ статей, подъ которыми имѣются ссылки на узаконенія, послужившія основаніемъ для ихъ составленія. Наконецъ, и порядокъ размѣщенія отдѣльныхъ законодательныхъ постановленій въ Сводѣ не хронологическій, а систематическій.

Сводъ былъ составленъ въ семь лѣтъ. Работы начались въ январѣ 1826 года, а къ концу 1832 года Сводъ, включавшій въ себѣ дѣйствующія узаконенія по 1 января 1832 г., былъ уже напечатанъ и 19 января 1833 г., представленъ государственному совѣту въ засѣданіи, происходившемъ подъ личнымъ предсѣдательствомъ Императора Николая I. Манифестъ объ изданіи Свода помѣченъ 31 января 1833 года [1]), но это

[1]) Подписанъ онъ 1 февраля, но помѣченъ 31 января, при чемъ Императоръ „изъяснилъ въ присутствіи государственнаго совѣта причиною тому, что

первое изданіе Свода называется по году его напечатанія изданіемъ 1832 г. Вступленіе же его въ силу было отложено до 1 января 1835 г., чтобы дать возможность присутственнымъ мѣстамъ ознакомиться съ его содержаніемъ.

При составленіи Свода, прежде всего, требовалось исключить всѣ законы, отмѣненные послѣдующими. Во-вторыхъ—устранены всѣ повторенія и вмѣсто многихъ постановленій, одно и то-же гласящихъ, въ Сводъ включалось одно изъ нихъ, полнѣйшее. Въ-третьихъ, старались по возможности сохранить слова старыхъ законовъ: „ибо въ законѣ не столько изящества слога, сколько сила и важность его, а для важности древности драгоцѣнны". Наконецъ, въ четвертыхъ, законы многословные и обширные должны были быть сокращены и съ этою цѣлью положено, не включая въ Сводъ встрѣчающихся во многихъ законахъ изложенія случаевъ, подавшихъ поводъ къ закону, а также разсужденій, на которыхъ онъ основанъ, ограничиваться передачей только самаго распоряженія закона.

Составленныя такимъ образомъ отдѣльныя законоположенія составили отдѣльныя *статьи* Свода и подъ каждой изъ нихъ указаны тѣ постановленія, на которыхъ она основана. Это дѣлается не только для сообщенія статьямъ Свода большей достовѣрности, но также для того, чтобы облегчить ихъ пониманіе. „Сіи указанія нужны какъ вѣрный путь къ разуму закона, какъ способъ къ открытію причинъ его, какъ руководство къ познанію истиннаго его смысла въ случаѣ сомнѣній; они нужны какъ лучшая система истолкованій—система, основанная не на мнѣніяхъ и выводахъ произвольныхъ, но на простомъ сличеніи двухъ формъ одного и того же закона: первообразной и производной. Они охраняютъ связь между сими двумя формами, связь столь необходимую, что безъ нея расторглось бы самое его единство" (Обозр., стр. 166).

Кромѣ ссылокъ на постановленія, изъ которыхъ составлены статьи Свода, при нѣкоторыхъ статьяхъ имѣются еще *примѣчанія и приложенія*. При первоначальномъ составленіи Свода въ формѣ примѣчаній излагались такія изъясненія, которыя не содержатъ въ себѣ ни повелѣнія, ни запрещенія и потому не составляютъ закона; а въ приложеніяхъ отнесены разныя формы и табели и изложенія подробностей, „кои бы затемнили смыслъ главныхъ статей, прервали бы связь между ними, если бы помѣщены были среди текста". Но въ послѣдующихъ изданіяхъ Свода и въ продолженіяхъ къ нему это правило, къ сожалѣнію, не соблюдалось и нерѣдко въ формѣ примѣчанія и приложеній включались въ Сводъ весьма важныя новыя узаконенія, совершенно измѣняющія смыслъ тѣхъ статей, къ которымъ они присоединены. Впрочемъ, въ послѣднее время опять

семь лѣтъ тому назадъ состоялось въ сей день повелѣніе о собраніи законовъ и составленіи изъ оныхъ свода". Отмѣтка госуд. секр. Марченки на журналѣ общаго собранія, 1 февраля 1833 г., л. 20.

замѣтно стремленіе возвратить примѣчаніямъ и приложеніямъ ихъ первоначальное значеніе.

Составляющія Сводъ отдѣльныя статьи [1]) расположены въ немъ въ систематическомъ порядкѣ. Система эта основана на слѣдующихъ началахъ. Всѣ законы раздѣляются на государственные и гражданскіе. Государственные законы опредѣляютъ права и обязанности, вытекающія изъ государственнаго союза. Они суть двоякаго рода: одни опредѣляютъ существо государственнаго союза; другіе—охраняютъ вытекающія изъ него права. Государственные законы перваго рода распадаются въ свою очередь на: 1) *законы основные*, опредѣляющіе порядокъ, какимъ власть верховная образуется и дѣйствуетъ въ законодательствѣ и управленіи; 2) *законы органическіе*, опредѣляющіе устройство органовъ, чрезъ которые власть дѣйствуетъ; 3) *законы силъ правительственныхъ*, опредѣляющіе средства, съ помощью которыхъ власть дѣйствуетъ, и представляющіеся или силами *личными* (уставы о повинностяхъ) или *вещественными* (уставы казеннаго управленія) и, наконецъ, 4) *законы о состояніяхъ*, опредѣляющіе права и обязанности подданныхъ по степенямъ ихъ участія въ составѣ установленій и силъ государственныхъ. Государственные законы второго рода подраздѣляются на: 1) *законы предохранительные* или *уставъ благочинія* и 2) *законы уголовные*.

Законы гражданскіе опредѣляютъ права и обязанности, вытекающія изъ союза семейственнаго и союза по имуществамъ. Однако, Сперанскій раздѣлилъ гражданскіе законы на два разряда не по различію этихъ союзовъ, а по другому признаку. Законы союзовъ семейственныхъ и общіе законы объ имуществахъ онъ соединилъ вмѣстѣ подъ именемъ *общихъ* гражданскихъ законовъ, отдѣливъ отъ нихъ, какъ *особенные* гражданскіе законы, тѣ, коими установляется порядокъ дѣйствій правъ въ имуществахъ въ особенномъ ихъ отношеніи къ государственному и частному кредиту, къ торговлѣ, къ промышленности и проч. Эти особенные гражданскіе законы по главной цѣли ихъ называются законами государственнаго благоустройства или экономіи [2]).

Такимъ образомъ весь Сводъ распадался на восемь главныхъ отдѣловъ или частей, размѣщенныхъ въ 15 томахъ.

1) Основные государственные законы (томъ I, часть 1).

---

[1]) Число ихъ въ изданіи 1832 г. было 36,000, а съ приложеніями 42,198.

[2]) Отнесеніе законовъ государственнаго благоустройства къ гражданскимъ представляется, конечно, неправильнымъ. Любопытно, что въ своемъ „Проектѣ уложенія государственныхъ законовъ 1809 г.“ самъ Сперанскій относилъ законы „публичной экономіи“ къ государственнымъ, а не къ гражданскимъ законамъ. Точно также и Булугьянскій въ своемъ разсужденіи о средствахъ исправленія учрежденій и законодательства въ Россіи (Сборникъ Р. И. О., т. 90, стр. 67) относилъ экономическіе законы къ правительственнымъ, lois administratives.

II. *Учрежденія:* а) центральныя (томъ 1, ч. 2); б) мѣстныя (томъ II); в) уставы о службѣ государственной (т. III).

III. *Законы правительственныхъ силъ:* а) Уставы о повинностяхъ (т. IV); б) Уставы о податяхъ и пошлинахъ (т. V); в) Уставъ таможенный (т. VI); г) Уставы монетный, горный и о соли (т. VII); е) Уставы лѣсной, оброчныхъ статей, арендныхъ старостинскихъ имѣній (т. VIII).

IV. *Законы о состояніяхъ* (т. IX).

V. *Законы гражданскіе и межевые* (т. X).

VI. *Уставы государственнаго благоустройства:* а) Уставы кредитный, торговый, о промышленности (т. XI) и б) Уставы путей сообщенія, строительный, пожарный, уставъ о городскомъ и сельскомъ хозяйствѣ, уставъ о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ и о колоніяхъ иностранцевъ въ Имперіи (т. XII).

VII. *Уставы благочинія (законы полиціи)*: а) уставы о народномъ продовольствіи, объ общественномъ призрѣніи и врачебный (т. XIII) и б) уставы о паспортахъ и бѣглыхъ, о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, о содержащихся подъ стражею, о ссыльныхъ (т. XIV).

VIII. *Законы уголовные* (т. XV).

Каждый изъ 15 томовъ Свода составлялъ обособленное цѣлое, особый Сводъ соотвѣтствующихъ учрежденій, законовъ или уставовъ, имѣя одну общую для всего тома нумерацію статей и пагинацію.

Въ этой системѣ въ Сводѣ размѣщено все дѣйствующее право за исключеніемъ: 1) мѣстныхъ законовъ; 2) узаконеній, относящихся къ народному просвѣщенію и государственному контролю; 3) узаконеній, относящихся къ управленію духовныхъ дѣлъ; 4) узаконеній, принадлежащихъ къ управленію нѣкоторыхъ частей вѣдомства придворнаго, а также и благотворительныхъ заведеній, состоящихъ подъ особымъ вѣдѣніемъ Государя или членовъ Императорскаго дома; 5) узаконеній военныхъ и морскихъ.

По тѣмъ отраслямъ законодательства, которыя вошли въ Сводъ, онъ есть Сводъ законовъ не въ формальномъ, а въ матеріальномъ смыслѣ. Въ него включены не только всѣ юридическія нормы, установленныя Высочайшею властью, хотя-бы и не въ законодательномъ порядкѣ, но также и установленныя органами подчиненнаго управленія, въ особенности сенатомъ и министрами. И при этомъ вовсе не имѣлось въ виду включеніемъ такихъ сенатскихъ или министерскихъ указовъ въ Сводъ законовъ придать имъ на будущее время силу закона. Въ Обозрѣніи свѣдѣній о Сводѣ законовъ, стр. 176, напротивъ, прямо оговорено, „что во всѣхъ тѣхъ уставахъ, гдѣ таковыя циркулярныя предписанія были предъявлены, содержаніе ихъ въ приличныхъ мѣстахъ означено со ссылкою на самое предписаніе, *чтобы отличить его отъ закона*, и поставить силу

его въ тѣхъ самыхъ предѣлахъ, какіе закономъ ему присвоены". И кромѣ того Выс. утв. мнѣніемъ госуд. сов. 15 дек. 1834 г. постановлено было и на будущее время вносить въ Сводъ: 1) Распорядительныя предписанія министровъ, къ постоянному и всегдашнему исполненію закона принадлежащія, когда они по представленію министровъ будутъ утверждены указами сената [1]). 2) Пояснительныя и распорядительныя мѣры, утвержденныя и опубликованныя отъ сената, когда онѣ, во-первыхъ, будутъ согласны съ дѣйствующими законами; во-вторыхъ, разрѣшаютъ или предупреждаютъ какое-либо сомнѣніе въ смыслѣ закона, не постановляя ничего вновь.

§ 59. Послѣдующія изданія Свода и Продолженія.

Такъ какъ Сводъ есть текущій сборникъ, долженствующій отражать въ себѣ всѣ измѣненія законодательства, то надо было принять мѣры къ приведенію содержанія Свода въ постоянное соотвѣтствіе съ современнымъ состояніемъ законодательства. Эта цѣль достигается двумя способами: во-первыхъ, составленіемъ отъ времени до времени *новыхъ изданій* Свода и, во-вторыхъ, постояннымъ составленіемъ къ нему Продолженій.

Послѣ перваго изданія 1832 г. было еще два полныхъ изданія Свода [2]) 1842 и 1857 гг. и затѣмъ большее число новыхъ изданій отдѣльныхъ томовъ Свода и даже отдѣльныхъ уставовъ: 1876, 1883, 1885, 1886, 1887, 1889, 1890, 1892 и 1893 годовъ. Но всѣ эти изданія даже въ совокупности не замѣнили собою вполнѣ изданія 1857 г., такъ что нѣкоторыя его части остаются дѣйствующими и по настоящее время.

Первоначально предполагалось новыя изданія Свода составлять, строго сохраняя систему и планъ перваго изданія, не только въ цѣломъ, но и въ подробностяхъ подраздѣленій каждаго тома въ частности. Для облегченія этого мнѣніемъ государственнаго совѣта 15 декабря 1834 г. постановлено было „при составленіи каждаго новаго устава сохранять, по возможности, въ главномъ расположеніи его частей, тотъ планъ, по коему устроенъ соотвѣтствующій ему уставъ въ Сводѣ". Тогда полагали, что каковы бы ни были послѣдующія измѣненія въ законодательствѣ, всѣ они могутъ найти себѣ надлежащее мѣсто въ системѣ Свода.

---

[1]) Въ представленіи Сперанскаго, вслѣдствіе коего и состоялось это м. Г. С. предполагалось вносить въ Сводъ распорядительныя предписанія мининистровъ, безъ утвержденія ихъ сенатомъ. Для предписаній министра финансовъ по таможенной части это принято и Государственнымъ Совѣтомъ.

[2]) Не считая перепечатокъ перваго изданія 1833 и 1835 годовъ, эти перепечатки въ заголовкахъ названы изданіями.

Но уже при обсужденіи этого вопроса въ совѣтѣ графомъ Канкринымъ было высказано сомнѣніе въ возможности вмѣстить въ рубрики принятой въ Сводѣ системы новые законы, вносящіе существенныя измѣненія прежняго порядка, такъ какъ между содержаніемъ и системой не можетъ не быть извѣстнаго соотвѣтствія. И на дѣлѣ это сомнѣніе подтвердилось уже при составленіи второго изданія Свода 1842 года.

Послѣ составленія перваго изданія Свода вскорѣ были изданы многіе пространные и весьма важные по содержанію наказы и положенія, какъ, напр., наказъ губернаторамъ, положеніе о производствѣ дѣлъ въ губернскомъ правленіи, наказъ земской полиціи и т. п. Такъ какъ ихъ нельзя было вмѣстить посредствомъ простого измѣненія отдѣльныхъ статей, то въ Продолженіяхъ они были помѣщены какъ приложенія къ отмѣненнымъ ими статьямъ. Такое размѣщеніе совершенно не соотвѣтствовало важному значенію новыхъ узаконеній. Въ приложеніяхъ по первоначальному плану должны были помѣщаться лишь опредѣленія частныхъ подробностей, а тутъ къ нимъ относились узаконенія, опредѣлявшія весь строй нашего мѣстнаго управленія. При составленіи второго изданія 1842 г. рѣшено было устранить эту несообразность, но этого нельзя было сдѣлать, не измѣнивъ довольно существенно внутреннюю систему отдѣльныхъ томовъ. Поэтому, напр., II томъ, какъ на это прямо указывалъ въ своемъ всеподданнѣйшемъ докладѣ 10 декабря 1842 года графъ Блудовъ, былъ въ новомъ изданіи, можно сказать, передѣланъ или составленъ вновь, ибо всѣ почти части онаго надлежало исправлять и измѣнять по новѣйшимъ узаконеніямъ. Въ большей или меньшей степени то же самое имѣло мѣсто и въ отношеніи къ другимъ томамъ.

Кромѣ того, въ отношеніи ко всѣмъ томамъ было введено одно нововведеніе, на первый взглядъ совершенно внѣшнее, но приведшее постепенно къ совершенному измѣненію общаго характера Свода. Въ первомъ изданіи каждый томъ имѣлъ одну общую нумерацію. Сводъ представлялся поэтому именно систематическимъ сборникомъ статей, размѣщенныхъ по 15 томамъ. Для указанія статьи достаточно было двухъ нумеровъ: нумера тома и нумера статьи. Соотношеніе статей между собой опредѣлялось только мѣстомъ ихъ въ Сводѣ, а не тѣмъ, въ составѣ какого учрежденія или устава онѣ первоначально явились. Внутренняя цѣльность и индивидуальныя особенности отдѣльныхъ уставовъ и учрежденій были совершенно сглажены общей системой Свода. Въ изданіи 1842 г., напротивъ, отдѣльнымъ учрежденіямъ и уставамъ, входящимъ въ составъ одного и того же тома, присвоена была каждому особая нумерація. Графъ Блудовъ мотивировалъ это измѣненіе внѣшнимъ практическимъ соображеніемъ: желаніемъ сдѣлать возможной продажу отдѣльныхъ частей каждаго тома. Но на дѣлѣ это измѣненіе имѣло болѣе важное значеніе, существенно облегчая составленіе новаго изданія Свода;

оно давало возможность включить въ него цѣликомъ новыя обширныя узаконенія, сохраняя и ихъ систему, какъ это и было сдѣлано, напр., съ учрежденіемъ государственнаго совѣта, съ наказомъ губернаторамъ.

Что касается содержанія второго изданія, то оно вообще расширено сравнительно съ первымъ. Число статей въ немъ почти въ полтора раза болѣе, чѣмъ въ первомъ, а именно 59,396.

Высочайшее повелѣніе о составленіи третьяго изданія Свода послѣдовало еще 1 ноября 1851 г. Графъ Блудовъ, продолжавшій и тогда завѣдывать нашимъ кодификаціоннымъ учрежденіемъ, предполагалъ сначала (докладъ 1 ноября 1851 г.) внести довольно существенныя измѣненія въ новое изданіе: включить въ него всѣ невошедшія въ два первыхъ изданія узаконенія, кромѣ военныхъ, морскихъ, удѣльныхъ, остзейскихъ и духовныхъ православнаго исповѣданія, и сообразно съ этимъ увеличить число томовъ съ 15 на 20. Но затѣмъ (докладъ 16 дек. 1854 г.) рѣшено было сохранить прежнее число томовъ, раздѣливъ вмѣсто того II, VIII, XI, XII и XV томы каждый на двѣ части, а X томъ на три части, такъ что при 15 томахъ третье изданіе составлялось уже изъ 22 волюмовъ. Благодаря этому, въ общей схемѣ Свода слово *часть* получило двоякое значеніе. Все содержаніе Свода подраздѣляется, какъ мы уже знаемъ, на *восемь* главныхъ частей и кромѣ того нѣкоторые томы раздѣляются теперь на части. Предположеніе относительно включенія въ Сводъ невошедшихъ въ прежнія изданія узаконеній также не вполнѣ осуществилось: внесены были уставы счетные (т. VIII, ч. 2), уставъ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій (т. XII, ч. 1), почтовый и телеграфный (т. XII, ч. 1). Въ общемъ объемъ третьяго изданія сравнительно съ первымъ оказался увеличеннымъ вдвое: въ немъ содержалось около 90,000 статей.

Изданіе 1857 года было послѣднимъ полнымъ изданіемъ всего Свода. До 1876 года вовсе не было новыхъ изданій. Въ 1876 г. было составлено новое изданіе первой части II, III, первой части VIII, второй части X, XI, и второй части XV тома и съ тѣхъ поръ установилась система изданія порознь отдѣльныхъ томовъ. Разновременность составленія совмѣстно дѣйствующихъ изданій отдѣльныхъ томовъ уже сама по себѣ не можетъ не нарушать прежняго единства и цѣльности Свода. На ряду съ томами, дѣйствующими и по сіе время въ изданіи 1857 года, въ изданіи, предшествовавшемъ всѣмъ важнѣйшимъ реформамъ прошлаго царствованія, имѣются томы изданія 1892 и 1893 годовъ, составленнаго въ такое время, когда и реформы эти уже подверглись значительнымъ передѣлкамъ. Нашъ Сводъ никогда не имѣлъ внутренняго единства, единства содержанія. Теперь онъ потерялъ и внѣшнее единство; пересталъ быть произведеніемъ одной руки и даже одного историческаго момента. Онъ не даетъ, въ настоящемъ своемъ видѣ, изображенія законодательства въ одинъ опредѣленный моментъ его историческаго развитія.

Нарушеніе единства и цѣльности, обусловленное разновременностью изданій отдѣльныхъ томовъ, еще усиливается тѣмъ, что отдѣльные уставы получаютъ все большую обособленность и самостоятельность. Мы видѣли, что уже въ изданіи 1842 г. отдѣльные уставы одного и того же тома получили особую нумерацію. Въ новѣйшихъ изданіяхъ томы Свода уже прямо превращаются въ сборники отдѣльныхъ уставовъ, положеній, учрежденій, включаемыхъ въ нихъ цѣликомъ, безъ всякихъ измѣненій, безъ всякаго, хотя бы внѣшняго подчиненія какой-либо общей для всего тома схемѣ. Каждый новый сколько-нибудь крупный законодательный актъ образуетъ собою и новую составную часть того тома, къ общему содержанію котораго онъ приблизительно подходитъ. Совершившіяся за истекшія шестьдесятъ лѣтъ глубокія измѣненія въ нашемъ законодательствѣ совершенно расшатали старую, цѣлостную систему Свода.

Измѣнилось и число томовъ. Въ системѣ Свода не было отведено особаго мѣста судоустройству и судопроизводству. Учрежденіе судебныхъ мѣстъ отнесено было туда же, куда и учрежденія всѣхъ другихъ государственныхъ установленій съ подраздѣленіемъ только на центральныя (томъ I) и мѣстныя (томъ II). Законы же уголовнаго и гражданскаго судопроизводства соединялись съ матеріальнымъ уголовнымъ и гражданскимъ правомъ. Между тѣмъ, въ Судебныхъ Уставахъ Александра II судоустройство и судопроизводство получили внутренно объединенную обработку. Вотъ почему послѣ неудачной попытки князя Урусова размѣстить судебные уставы по клочкамъ въ разныхъ томахъ Свода изданія 1876 года, въ 1892 г. составленъ былъ изъ нихъ и изъ сохранившихъ еще кое-гдѣ силу старыхъ судоустройственныхъ и судопроизводственныхъ законовъ новый XVI томъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ измѣнилось вслѣдствіе этого и число частей въ нѣкоторыхъ томахъ. Томъ X имѣетъ теперь уже не 3, а только 2 часит: законы гражданскіе и законы межевые; томъ XV только одну часть. Уничтожено также раздѣленіе II тома на двѣ части.

Относительно самаго матеріала, подлежащаго включенію въ Сводъ, въ 1855 году было установлено вносить въ Сводъ только законодательные акты и Высочайшія повелѣнія въ порядкѣ управленія, по тѣмъ имѣющимъ отношеніе къ содержанію Свода предметамъ, по коимъ до того не было установлено правилъ въ порядкѣ законодательномъ, и пояснительныя постановленія, удостоившіяся Высочайшаго утвержденія. Изъ сенатскихъ указовъ могутъ быть вносимы лишь представляющіе особую важность для разъясненія закона и то не иначе какъ съ особаго каждый разъ Высочайшаго соизволенія. Постановленія министровъ вовсе не подлежатъ внесенію въ Сводъ, за исключеніемъ лишь распоряженій министра финансовъ по таможенной части.

Въ настоящее время Сводъ состоитъ изъ XVI томовъ въ восьми

разновременныхъ изданіяхъ. При этомъ томы I, VIII, X, XI, XII и XVI имѣютъ каждый по двѣ части, да къ IX т. имѣется составляющее отдѣльный томъ Особое приложеніе, содержащее въ себѣ Положеніе о крестьянахъ.

По отдѣльнымъ томамъ содержаніе Свода представляется въ слѣдующемъ видѣ:

Томъ I, ч. 1: Основные государственные законы; ч. 2: учрежденія государственнаго совѣта, совѣта министровъ и комитета министровъ; комитета сибирской желѣзной дороги; правительствующаго сената, министерствъ; правила о порядкѣ принятія и направленія прошеній и жалобъ, на Высочайшее имя приносимыхъ; учрежденіе комитета для разсмотрѣнія представленія къ Высочайшимъ наградамъ; учрежденіе орденовъ и другихъ знаковъ отличій.—Изданіе 1892 г. Прод. 1893 и 1895 гг.

Томъ II. Общее учрежденіе губернское; Положеніе о губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденіяхъ; Городовое положеніе; учрежденіе управленія губерній Царства Польскаго; учрежденіе управленія Кавказскаго края; временное положеніе объ управленіи Закаспійской области; положеніе объ управленіи Туркестанскаго края; положеніе объ управленіи областей: Акмолинской, Семипалатинской, Семирѣченской, Уральской и Тургайской; учрежденіе Сибирское; положеніе объ инородцахъ.—Изданіе 1892 г.; продолж. 1893 и 1895 гг.

Томъ III. Уставъ о службѣ по опредѣленію отъ правительства; уставы о пенсіяхъ и единовременныхъ пособіяхъ—изданіе 1876 г., продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; положеніе объ особыхъ преимуществахъ гражданской службы въ отдаленныхъ мѣстностяхъ, а также въ губерніяхъ западныхъ и Царства Польскаго—изд. 1890 г.; продолж. 1891, 1893 гг.; уставъ эмеритальныхъ кассъ гражданскаго вѣдомства.—Изд. 1886 г.; продолж. 1890, 1891, 1895 гг.

Томъ IV. Уставъ о воинской повинности.—Изд. 1886 г., продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; уставъ о земскихъ повинностяхъ.—Изд. 1857 г., продолж. 1890, 1891, 1893 гг.; временныя правила для земскихъ учрежденій по дѣламъ о земскихъ повинностяхъ.—Изд. 1890 г., продолж. 1891, 1893 гг.

Томъ V. Уставъ о прямыхъ налогахъ; уставъ о пошлинахъ; уставъ объ акцизныхъ сборахъ; положеніе о государственномъ квартирномъ налогѣ.—Изд. 1893 г. Продолж. 1895 г.

Томъ VI. Уставъ таможенный; общій таможенный тарифъ по европейской торговлѣ.—Изд. 1892 г., продолж. 1893 и 1895 гг.

Томъ VII. Уставъ монетный; уставъ горный.—Изд. 1893 г. Пр. 1895 г.

Томъ VIII, ч. 1. Уставъ лѣсной; уставъ о казенныхъ оброчныхъ статьяхъ; уставъ объ управленіи казенными имѣніями въ западныхъ и прибалтійскихъ губерніяхъ.—Изд. 1893 г.; ч. 2. Уставы счетные.—Изд. 1857 г., продолж. 1890, 1891, 1893 и 1895 гг.

Томъ IX. Законы о состояніяхъ; особое приложеніе къ тому IX.—Изд. 1876 г., продолж. 1890, 1891, 1893 гг.

Томъ X, ч. 1: Сводъ законовъ гражданскихъ; положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ.—Изд. 1887 г. Продолж. 1890, 1891, 1893 и 1895 гг., ч. 2: законы межевые.—Изд. 1893 г. Продолж. 1895 г.

Томъ XI, ч. 1: Уставъ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій.—Изд. 1857 г., продолж. 1890, 1891, 1893 гг., сводъ уставовъ ученыхъ учрежденій и учебныхъ заведеній вѣдомства министерства народнаго просвѣщенія.—Изд. 1893 г. Прод. 1895 г., ч. 2: уставъ кредитный; о векселяхъ; торговый; судопроизводства торговаго; консульскій; о промышленности.—Изд. 1893 г. Продолж. 1895 г.

Томъ XII, ч. 1: Уставъ путей сообщенія.—Изд. 1857 г., продолж. 1893 г., общій уставъ россійскихъ желѣзныхъ дорогъ.—Изд. 1886 г., продолж. 1893 г.; уставъ почтовый.—Изд. 1857 г., продолж. 1893 г.; уставъ телеграфный.—Изд. 1876 г., продолж. 1893 г.; уставъ строительный.—Изд. 1887 г.; продолж. 1893 г.; Положеніе о взаимномъ страхованіи отъ огня.—Изд. 1886 г., продолж. 1893 г., ч. 2: уставъ сельскаго хозяйства; положеніе о наймѣ на сельскія работы; положеніе о трактирномъ промыслѣ.—Изд. 1893 г. Прод. 1895 г.; уставъ о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ.—Изд. 1857 г., продолж. 1890, 1891 гг.; уставъ о казачьихъ селеніяхъ и о колоніяхъ иностранцевъ въ Имперіи.—Изд. 1857 г., прод. 1863, 1864, 1868 гг.

Томъ XIII: Уставъ о народномъ продовольствіи; объ общественномъ призрѣніи; врачебный.—Изд. 1892 г., продолж. 1893 г. и 1895 г.

Томъ XIV: уставы: о паспортахъ и бѣглыхъ; о цензурѣ и печати; о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій; о содержащихся подъ стражей; о ссыльныхъ.—Изд. 1890 г., продолж. 1891, 1893 и 1895 гг.

Томъ XV: Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ; уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.—Изд. 1885 г., продолж. 1890, 1891, 1893 и 1895 гг.

Томъ XVI, ч. 1: судебные уставы; ч. 2: учрежденіе мѣстныхъ судебныхъ установленій прежняго устройства; законы о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ; законы о судопроизводствѣ по дѣламъ о преступленіяхъ и проступкахъ.—Изд. 1892 г., продолж. 1893 и 1895 гг.

Такъ какъ послѣдовательныя изданія Свода отдѣляются другъ отъ друга значительными промежутками времени, то для возможно большаго соотвѣтствія Свода постоянному движенію законодательства издаются по возможности ежегодно или даже чаще еще и такъ-называемыя Продолженія къ Своду, которыя, не воспроизводя всего содержанія, Свода содержатъ только послѣдовавшія вновь измѣненія [1]).

[1]) Къ своду 1832 г. такихъ продолженій было *шесть*: 1834, сводное 1835, сводное 1836, 1837, 1838 и 1839 гг. Изъ нихъ *первое* содержало въ себѣ и исправ-

Продолженія бываютъ двоякаго рода: *очередныя* и *сводныя*. Ихъ различіе въ томъ, что очередное объемлетъ лишь тотъ законодательный матеріалъ, какой накопился со времени предшествующаго Продолженія, а сводное—со времени послѣдняго изданія Свода.

Дѣйствующими въ настоящее время Продолженіями являются Продолженія 1890, 1891, 1893 и 1895 годовъ и только для уставовъ о казачьихъ селеніяхъ и о колоніяхъ иностранцевъ (т. XII, ч. 2) сохраняютъ силу Продолженія 1836, 1864 и 1868 годовъ.

Законы, включенные въ Сводъ или въ его Продолженія, должны быть при производствѣ дѣлъ приводимы не иначе, какъ ссылками на соотвѣтствующія части Свода. Въ учрежденіи Сената опредѣлена и форма такихъ ссылокъ. Онѣ должны состоять изъ четырехъ означеній: 1) времени изданія Свода или Продолженія; 2) тома Свода и части, если томъ раздѣленъ на части; 3) заглавія закона съ допущеніемъ лишь указанныхъ въ законѣ сокращеній и 4) нумера статьи: напр., Свода Зак. 1892 г. Т. II. Город. Полож., ст. 1.

Какъ мы уже указывали, нѣкоторыя отрасли нашего законодательства не вошли въ Сводъ законовъ при его составленіи. Въ послѣдующихъ изданіяхъ Свода содержаніе его расширилось, такъ что уставы кредитные, иностранныхъ исповѣданій, ученыхъ и учебныхъ заведеній министерства народнаго просвѣщенія теперь включены въ Сводъ.

Но другіе остались попрежнему внѣ Свода и для иныхъ изъ нихъ даже составлены особые Своды, а именно для мѣстныхъ законовъ губерній остзейскихъ и для законовъ военныхъ и морскихъ.

Сводъ военныхъ постановленій составленъ былъ въ 1838 году. Онъ распадался на пять частей и 15 книгъ, размѣщенныхъ въ 12 томахъ. Первая часть (томъ 1—4) содержала въ себѣ образованіе военныхъ учрежденій; вторая (томы 5 и 6)—уставъ о службѣ по военному вѣдомству; третья (томъ 7)—наказъ войскамъ; четвертая (томъ 8—11)—уставъ хозяйственный и пятая (томъ 12)—уставъ военно-уголовный.

По той же системѣ было издано въ 1859 году и второе изданіе Свода военныхъ постановленій, имѣвшее по 1 января 1869 г. 6 Продолженій. Но реформы военнаго управленія, совершившіяся въ прошлое царствованіе, такъ существенно измѣнили военное законодательство, что старая система оказалась неудобной. Въ 1869 году приступлено поэтому къ третьему изданію Свода уже по измѣненной системѣ.

леніе 823 статьи вслѣдствіе производившейся въ 1833 г. негласной ревизіи Свода. Къ Своду 1842 г. было 19 Продолженій: 1843, 1844 (3), 1845, 1846 (2), 1847 (2), 1848 (1), 1849 (2), 1850, 1851, 1852, 1853, 1854 и 1855 гг.

Къ своду 1857 г.—19 Продолженій: 1858, 1859, 1860, 1861, сводное 1863, 1864, 1868, 1869, 1871. 1872, сводное 1876, 1879, 1881, сводное 1886, 1887, 1889, сводное 1890, 1891 и 1893 гг.—для нѣкоторыхъ томовъ сводное, для другихъ очередное и 1895 г. очередное.

Новое изданіе раздѣляется на *пять* частей: I—Военныя управленія; II—Войска регулярныя; III—Войска иррегулярныя; IV—Военныя заведенія (интендантскія, артиллерійскія, инженерныя, военно-учебныя, военно-врачебныя и военно-тюремныя); V—Военное хозяйство и VI—Уставъ военно-уголовный, дисциплинарный и военно-судебный. Новое изданіе однако еще не закончено. Изданы вновь вполнѣ первая, четвертая и шестая части.

Изъ состава второй и пятой части изданы только отдѣльныя положенія. Часть третья не издана вовсе. Къ изданнымъ частямъ имѣются три продолженія 1874, 1879 и 1881 гг.

Сводъ морскихъ постановленій 1886 г. состоитъ изъ восемнадцати книгъ: 1) общее образованіе управленія морскимъ вѣдомствомъ; 2) экипажи и команда; 3) учебныя заведенія; 4) врачебныя заведенія; 5) техническія заведенія; 6) учрежденія по гидрографической части; 7) тюремныя заведенія; 8) прохожденіе службы; 9) награды, пособія и мѣры призрѣнія; 10) морской уставъ; 11) портовой уставъ; 12) общія распоряженія по хозяйству; 13) о довольствіи чиновъ морского вѣдомства; 14) хозяйство экипажей командъ на берегу и хозяйство на судахъ флота; 15) счетный уставъ; 16) военно-морской уставъ о наказаніяхъ; 17) военно-морской дисциплинарный уставъ; 18) военно-морской судебный уставъ.

Въ остзейскомъ краѣ особенные законы существуютъ: 1) относительно организаціи мѣстныхъ учрежденій; 2) относительно правъ состоянія, и 3) законы гражданскіе. Сообразно съ этимъ и Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ, составленный II отдѣленіемъ, содержитъ въ себѣ только эти три части. Сводъ узаконеній о правахъ состоянія и о мѣстныхъ учрежденіяхъ (двѣ первыя части Свода) былъ изданъ въ 1845 г. и въ 1853 г. вышло къ нему первое Продолженіе. Сводъ законовъ гражданскихъ (третья часть Свода) изданъ только въ 1864 году.

Въ губерніяхъ бывшаго Царства Польскаго дѣйствуетъ по настоящее время введенный тамъ еще въ 1808 г. французскій гражданскій кодексъ съ нѣкоторыми, впрочемъ, измѣненіями, касающимися, главнымъ образомъ, постановленій о союзѣ брачномъ. Оффиціальный русскій переводъ, подъ заглавіемъ: Собраніе гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго, сдѣланъ въ 1870 г.

Наконецъ, въ Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ дѣйствуетъ совершенно особое законодательство, развивающееся посредствомъ дѣятельности особаго законодательнаго органа—финляндскаго сейма.

Основаніемъ финляндскаго законодательства до сихъ поръ служитъ шведское уложеніе 1734 года, изданное на русскомъ языкѣ съ позднѣйшими измѣненіями и дополненіями въ 1824 году. Уложеніе Шве-

ціи, принятое на сеймѣ 1734 г. и Е. И. В. утвержденное для Вел. Кн. Финляндскаго и Прибавленія къ нему 1827 г. Новые законы печатаются въ Сборникѣ Постановленій Великаго Княжества Финляндскаго, издаваемомъ съ 1808 года, прежде только на шведскомъ языкѣ (Storfurstennomet Finlands Forfattnings Samling), а съ 1860 г. и на русскомъ.

§ 60. *Значеніе и сила Свода.*

При составленіи Свода имѣлось въ виду только свести въ одинъ общій систематическій сборникъ наличный законодательный матеріалъ, а не замѣнить прежнее законодательство новымъ. Отсюда само собой являлся вопросъ: какое юридическое значеніе должно быть придано Своду? Слѣдуетъ-ли его считать новымъ закономъ, отмѣняющимъ собою дѣйствіе всѣхъ прежнихъ законовъ, послужившихъ матеріаломъ для его составленія, или только новой формой ихъ изложенія, предназначенной лишь къ облегченію ихъ изученія и примѣненія? Если признать Сводъ новымъ закономъ, тогда дѣйствовавшее до него законодательство окажется сохранившимъ силу лишь настолько, насколько оно включено въ Сводъ, и въ случаѣ противорѣчія между статьями Свода и узаконеніями, на которыхъ онѣ основаны, рѣшающее значеніе должны имѣть статьи Свода, отмѣняющаго собою, какъ новый законъ, всѣ несогласные съ нимъ прежніе законы. Если же видѣть въ Сводѣ только новую форму изложенія законовъ, сохраняющихъ всю свою силу, то статьи Свода придется признать имѣющими обязательную силу лишь настолько, насколько онѣ дѣйствительно воспроизводятъ содержаніе узаконеній, на которыхъ основаны.

Признаніе Свода новымъ закономъ, отмѣняющимъ дѣйствіе всѣхъ прежнихъ, практически представлялось болѣе удобнымъ. Вопросъ объ отношеніи Свода къ прежнему законодательству получилъ бы при этомъ самое простое рѣшеніе и практикѣ приходилось бы имѣть дѣло исключительно съ однимъ Сводомъ. Но съ другой стороны такое рѣшеніе вопроса оказывалось въ противорѣчіи съ самой задачей составленія Свода: только собрать дѣйствующее законодательство, ни въ чемъ его не измѣняя. Какъ дѣло рукъ человѣческихъ, Сводъ, конечно, не могъ представлять безусловной полноты и точности въ воспроизведеніи того огромнаго законодательнаго матеріала, который послужилъ ему источникомъ. Поэтому признать за нимъ значеніе новаго закона, отмѣняющаго всѣ старые, значило, отказавшись отъ сознательныхъ, вызываемыхъ серьезными основаніями измѣненій въ исторически сложившемся законодательствѣ, допустить измѣненія, обусловленныя единственно безсознательными ошибками составителей Свода.

Такимъ образомъ опредѣленіе юридическаго значенія Свода пред-

ставлялось очень затруднительнымъ вопросомъ. Какъ же онъ разрѣшенъ нашимъ законодательствомъ?

Въ манифестѣ 31 января 1833 года, которымъ было возвѣщено о первомъ изданіи Свода, значеніе его опредѣляется вторымъ и четвертымъ пунктомъ. Второй пунктъ постановляетъ, что „законная сила Свода имѣетъ состоять въ приложеніи и приведеніи статей его въ дѣлахъ правительственныхъ и судебныхъ, и вслѣдствіе того во всѣхъ случаяхъ, гдѣ прилагаются и приводятся законы и гдѣ или составляются изъ нихъ особыя выписки, или же указуется токмо ихъ содержаніе, вмѣсто того прилагать, приводить и дѣлать указанія и ссылки на статьи Свода, дѣлу приличныя“. Въ четвертомъ пунктѣ говорится, что „какъ Сводъ Законовъ *ничего не измѣняетъ* въ силѣ и дѣйствіи ихъ, но приводитъ ихъ только въ единообразіе и порядокъ, то какъ въ случаѣ неясности самаго закона въ существѣ его, такъ и въ случаѣ недостатка или неполноты его, порядокъ поясненія и дополненія остается тотъ же, какой существовалъ донынѣ“.

Опредѣленія эти не отличаются ясностью. Съ одной стороны предписывается, вмѣсто самыхъ законовъ, ссылаться всегда только на статьи Свода, слѣдовательно, какъ бы предполагается, что Сводомъ отмѣняются всѣ прежнія узаконенія. Съ другой, прямо указывается, что Сводъ „ничего не измѣняетъ въ силѣ и дѣйствіи законовъ, но приводитъ ихъ только въ единообразіе и порядокъ“. Какой же надо сдѣлать отсюда выводъ относительно значенія Свода?

Цитовичъ [1]), а за нимъ и Таганцевъ утверждаютъ, что Своду было присвоено значеніе новаго закона и что имъ отмѣнены поэтому всѣ прежніе законы. Съ особенною опредѣленностью высказываетъ это Цитовичъ, но при этомъ самъ оговаривается, „что п. 4 манифеста не совсѣмъ точенъ“ и основываетъ свое положеніе собственно на разсказѣ графа Корфа о сужденіяхъ государственнаго совѣта по опредѣленію силы Свода. Съ другой стороны послѣдовательное развитіе принятаго имъ взгляда на значеніе Свода, какъ новаго закона, приводитъ его къ такимъ выводамъ, которые совершенно расходятся съ установившейся у насъ практикой. По его словамъ, каждая статья Свода—новый законъ, получившій силу дѣйствія только съ 1 января 1835 года и имѣющій обязательную силу, хотя бы данная статья не была извлечена ни изъ какого узаконенія или „показана извлеченною по ошибкѣ или недоразумѣнію“. Между тѣмъ статьи Свода 1832 г. предписано было примѣнять не только къ дѣламъ, возникшимъ съ 1 января 1835 г., но и ко всѣмъ дѣламъ, возникшимъ при господствѣ тѣхъ узаконеній, изъ которыхъ извлечены статьи Свода. Точно также и въ настоящее время статьи

[1]) Курсъ русскаго гражданскаго права. Т. I. Ученіе объ источникахъ права. Одесса, 1878, стр. 8—111.

новыхъ изданій и Продолженій примѣняются къ дѣламъ, возникшимъ до ихъ обнародованія, если только они возникли послѣ вступленія въ дѣйствіе законовъ, послужившихъ источникомъ новыхъ статей Свода. И такая практика прямо основана на п. 4 манифеста 31 января 1833 г. Точно также судебная практика наша никогда не признаетъ законодательнаго значенія за очевидными ошибками кодификаціи. Невѣрно переданный въ Сводѣ или Продолженіяхъ законъ не считается оттого измѣненнымъ; пропущенный по ошибкѣ—не признается отмѣненнымъ.

Правда, въ манифестѣ 31 января 1833 г. нѣтъ прямого указанія на то, что изъ невѣрной передачи или совершеннаго пропуска въ Сводѣ какого-либо закона не слѣдуетъ заключать еще объ его измѣненіи или отмѣнѣ, но это было признано необнародованнымъ Высочайше утвержденнымъ 30 янбаря 1836 г. мнѣніемъ государственнаго совѣта. Въ немъ предписывается каждый разъ, какъ къ министру юстиціи дойдетъ свѣдѣніе, что при производствѣ какого-либо дѣла открылось затрудненіе въ томъ, что какой-либо дѣйствующій и къ разрѣшенію дѣла служащій законъ не помѣщенъ въ сводѣ, или помѣщенъ не въ полномъ его смыслѣ, министръ юстиціи, разсмотрѣвъ встрѣтившійся случай, если найдетъ его уважительнымъ, входитъ въ сношеніе со II отдѣленіемъ и вслѣдствіе того, по обоюдному соглашенію, помѣщается въ Продолженіе Свода надлежащее дополненіе или поясненіе; въ случаѣ же несогласія, дѣло представляется на уваженіе государственнаго совѣта. Постановленіе это не было обнародовано, потому что тогда нашли его опредѣляющимъ исключительно обязанности министра и II отдѣленія.

Такимъ образомъ Сводъ нельзя считать новымъ закономъ: это только новая форма уже раньше дѣйствующихъ законовъ, для установленія точнаго смысла которыхъ рѣшающее значеніе имѣетъ не изложеніе статей Свода, а первоначальный законодательнымъ порядкомъ утвержденный текстъ.

Конечно, возможность невѣрной передачи въ статьяхъ Свода законовъ, послужившихъ имъ источникомъ, и вытекающая отсюда необходимость постоянной свѣрки статей Свода съ первоначальнымъ текстомъ законовъ представляетъ большія практическія неудобства. Но избѣгнуть ихъ можно только однимъ путемъ: по возможности дословнымъ включеніемъ въ Сводъ отдѣльныхъ законовъ или даже простой ихъ перепечаткой. И на этотъ путь, какъ мы видѣли, мало по малу и вступаетъ наша кодификація за послѣднее время.

Глава III.

Примѣненіе положительнаго акта.

§ 61. *Критика.*

Unger, System I, § 12. S. 73. *Savigny*, System, I, §§ 38. 39. *Puchta*, Pandekten Verlesungen. Aufl. 1863. I, §§ 12, 13 (обычаи), 15 (законы). *Regelsberger*, Pandekten, I. ss. 134—140.

Изученіе и примѣненіе нормъ положительнаго права прежде всего предполагаетъ ***критику*** источниковъ [1]), т. е. опредѣленіе того, что есть именно подлинная норма положительнаго права. Нельзя ни изучить, ни поднять нормы, если не знаешь, что норма и что нѣтъ. Названіе „критика" заимствовано изъ исторической науки, но въ приложеніи къ правовѣдѣнію она имѣетъ свои особенности. Критика, какъ опредѣленіе подлинности и аутентичности нормы въ цѣломъ, опредѣленіе ея существованія, или такъ-называемая высшая критика, находитъ себѣ примѣненіе ко всѣмъ источникамъ безъ различія.

Существованіе обычно-правовыхъ нормъ познается изъ непосредственнаго наблюденія соблюдаемыхъ обычаевъ, изъ юридическихъ пословицъ, изъ показаній свѣдущихъ лицъ, изъ сборниковъ обычаевъ и, наконецъ, изъ судебныхъ рѣшеній, основанныхъ на обычномъ правѣ [2]). Два первыя средства (непосредственное наблюденіе и пословицы) даютъ непосредственное, изъ первыхъ рукъ, познаніе обычнаго права. Тутъ все дѣло сводится лишь къ тому, чтобы отличить простое обыкновеніе отъ юридическаго обычая. Три послѣднія средства (показанія свѣдущихъ лицъ, сборники обычаевъ, судебныя рѣшенія) даютъ, напротивъ, познаніе лишь изъ вторыхъ рукъ. Поэтому при пользованіи этими средствами познанія, независимо отъ различія обыкновеній и юридическихъ обычаевъ, долженъ быть поставленъ вопросъ и о томъ, насколько достовѣрны представляющіяся намъ свидѣтельства, и для рѣшенія его необходимо выяснить, насколько ***могъ и желалъ*** свѣдущій человѣкъ, составитель сборника или судья, вѣрно передать и формулировать обычно-правовую норму. Судебныя рѣшенія—наиболѣе достовѣрный источникъ познанія обычнаго права, такъ какъ они являются обыкновенно плодомъ тщательной повѣрки существованія юридическаго обычая со стороны судьи-юриста, слѣдовательно лица, достаточно подготовленнаго къ такому дѣлу. То же должно сказать и относительно такихъ судовъ, въ которыхъ судьями являются не юристы, а представители народной мудрости. Конечно, та-

[1]) Обыкновенно говорятъ только о критикѣ *законовъ*, но къ такому ограниченію нѣтъ никакого основанія,

[2]) *Puchta*, Gewohnheitsrecht, 11, 12—150. *Salza*, Gewohnheitsrecht Weisek's Rechtslexikon.

кой народный судъ менѣе способенъ къ точной и общепонятной формулировкѣ обычно-правовыхъ нормъ, нежели судъ, состоящій изъ юристовъ, но за то народный по своему составу судъ обладаетъ непосредственнымъ знаніемъ обычаевъ. Наименьшую достовѣрность имѣютъ рѣшенія такихъ судовъ, въ составъ которыхъ входятъ лица, одинаково чуждыя и народнаго правосознанія и юридическаго образованія. Таковы, напримѣръ, наши полуграмотные волостные писаря, имѣющіе значительное вліяніе на практику волостныхъ судовъ.

Лучшимъ доказательствомъ достовѣрности сборника обычая служитъ его популярность. Если сборникъ пользуется общепризнаннымъ авторитетомъ среди того самаго общества, обычаи котораго онъ передаетъ, то мы съ полной увѣренностью можемъ на него положиться. Показанія свѣдущихъ людей могутъ представляться въ трехъ различныхъ формахъ. Это могутъ быть, во-первыхъ, показанія отдѣльныхъ лицъ, по выбору суда или сторонъ. Во-вторыхъ, показанія собираются иногда посредствомъ общаго опроса мѣстнаго населенія, такъ сказать, посредствомъ повальнаго обыска. Эта форма удостовѣренія въ существованіи обычнаго права существовала, напр., во Франціи до 1667 года, когда были отмѣнены такія enquetes par turbes. Наконецъ, въ-третьихъ, показанія, удостовѣряющія существованіе обычнаго права, могутъ исходить отъ какого либо учрежденія, напр., отъ торговыхъ депутацій биржевыхъ комитетовъ и проч. [1]). Во Франціи въ прежнее время было въ ходу нотаріальное удостовѣреніе юридическихъ обычаевъ, особенно торговыхъ. Тамъ, согласно эдикту 1700 года, мнѣніе негоціантовъ, утвержденное торговой палатой (chambre de commerce), получало значеніе такъ называемыхъ actes de notoriété [2]). Подобно обычаю, законъ и судебная практика могутъ быть намъ извѣстны или непосредственно, или изъ вторыхъ рукъ. Непосредственное значеніе черпается тутъ изъ подлиннаго текста закона или судебнаго рѣшенія, т. е. изъ облеченнаго въ юридически опредѣленную форму. Подлиннымъ текстомъ признается, во-первыхъ, самый оригиналъ, подлинникъ закона или судебнаго рѣшенія, т. е. тотъ экземпляръ ихъ, на которомъ имѣется собственноручная подпись главы правительства или судей; во-вторыхъ, оффиціальныя изданія законовъ и судебныхъ рѣшеній. Оригиналъ имѣетъ, конечно, большій авторитетъ, чѣмъ оффиціальное изданіе уже потому, что при печатаніи всегда возможны опечатки. Но онѣ возможны и въ оригиналѣ, въ видѣ описокъ, или даже опечатокъ, такъ какъ теперь обыкновенно и оригиналъ бываетъ печатный. Такія опечатки или описки, замѣчаемыя въ оригиналѣ, могутъ быть исправлены при изданіи. Такимъ образомъ различіе достовѣрности оригинала и оффиціальнаго изданія весьма незначительно.

---

[1]) *Цитовичъ*, Торговое право, стр. 91.

[2]) Merlin, Repertoire, voce parere.

Довольно распространено мнѣніе, будто въ отношеніи къ оффиціальнымъ изданіямъ высшая критика не можетъ имѣть мѣста [1]). Но такое мнѣніе, какъ указалъ на это уже Пухта, совершенно ошибочно. Если не примѣнять къ оффиціальнымъ изданіямъ высшей критики, то придешь къ тому, что каждый клочекъ печатной бумаги, вышедшей изъ казенной типографіи, будешь считать закономъ. И къ тексту оффиціальныхъ изданій необходимо критическое отношеніе. Можетъ оказаться, что правительственное распоряженіе превышаетъ предѣлы правительственныхъ полномочій и относится къ такому предмету, который можетъ быть нормированъ не иначе, какъ закономъ, слѣдовательно въ конституціонныхъ государствахъ не иначе, какъ съ соучастіемъ парламента. Въ такомъ случаѣ распоряженіе, какъ незаконное, не можетъ имѣть для суда значенія закона. Можетъ оказаться также, что законъ противорѣчитъ постановленіямъ конституціи. Въ такомъ случаѣ и онъ, какъ неконституціонный, не имѣетъ силы.

Но высшая критика можетъ имѣть мѣсто въ отношеніи къ оффиціальнымъ изданіямъ не только тамъ, гдѣ существуетъ отдѣленіе учредительной власти отъ законодательной, и законодательной отъ правительственной, потому что, каково бы ни было государственное устройство страны, вездѣ же установлена для изданія закона какая-либо опредѣленная форма: удостовѣреніе въ наличности въ каждомъ данномъ случаѣ этой формы и будетъ тогда цѣлью высшей критики.

Точно также нельзя обойтись безъ высшей критики и по отношенію къ оффиціальнымъ изданіямъ судебныхъ рѣшеній. Рѣшеніе, вошедшее уже въ законную силу и могущее такимъ образомъ попасть въ оффиціальное изданіе, можетъ быть потомъ уничтожено, если будутъ доказаны по суду корыстные или иные личные виды судей по уголовному дѣлу (У. у. с. 935). Понятно, что такое рѣшеніе не можетъ считаться выраженіемъ началъ, принимаемыхъ судебной практикой.

Когда оффиціальнаго изданія не имѣется, то высшая критика источниковъ сводится къ общимъ пріемамъ исторической критики, такъ что юристъ тутъ всецѣло опирается на данныя исторической науки.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда юристъ имѣетъ дѣло съ письменными памятниками, кромы высшей критики требуется также примѣненіе низшей критики, называемой также критикой дипломатической. Низшая критика имѣетъ цѣлью своей установленіе вѣрнаго текста въ подробностяхъ, слѣдовательно, исправленіе описокъ и опечатокъ, восполненіе пропусковъ, исключеніе вставокъ, разстановку знаковъ препинанія. Въ отношеніи къ старинньмъ рукописямъ всѣ эти операціи требуютъ большого труда и умѣнья. Рукопись такая представляетъ обыкновенно непре-

---

[1]) Смотри, напр., Unger, System, I, S. 73. Böhlan, Meklenburges-Landrecht. I, 1871, S. 320. *Малышевъ*, Курсъ гражданскаго права, стр. I, стр. 291.

рывный рядъ буквъ, ничѣмъ другъ отъ друга не отдѣленныхъ. Группировка буквъ въ слова и раздѣленіе ихъ знаками препинанія на предложенія есть первая задача критики. Затѣмъ идетъ исправленіе искаженій текста, имѣющихъ самое разнообразное происхожденіе, случайное и намѣренное. По различію пріемовъ, съ помощью которыхъ выполняется это дѣло, низшая критика подраздѣляется на *сравнительную*, основывающуюся на сравненіи различныхъ редакцій текста, и на *конъектуральную*, основывающуюся на соображеніяхъ, независимыхъ отъ текста (emendationes ex ingenio).

§ 62. Соотношеніе разномѣстныхъ и разновременныхъ законовъ.

Savigny, System. B. VIII. *Bar*. Lehrbuch des intern. Privat und Strafrecht 1892. *Schmid*, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen grenzen. 1863. *Градовскій*, О дѣйствіи закона во времени, Жур. Гр. и Уг. права 1873, № 4. *Коркуновъ*, Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права. Ibidem, 1889, № 1.

Если бы всегда и вездѣ дѣйствовали однѣ и тѣ же нормы положительнаго права, тогда бы критики и было бы достаточно для ихъ практическаго примѣненія. Но въ дѣйствительности положительное право измѣнчиво во времени и разнообразно по мѣстностямъ, и потому необходимо еще при его примѣненіи имѣть опредѣленныя правила для разрѣшенія возможныхъ столкновеній различныхъ законовъ. Такія столкновенія возможны какъ между равновременными, смѣняющими другъ друга въ одномъ и томъ же государствѣ, законами, такъ и между разномѣстными законами, законами различныхъ государствъ.

Законъ можетъ быть примѣняемъ, конечно, только къ тѣмъ фактамъ, которые такъ или иначе подпадаютъ его дѣйствію. Не можетъ быть и рѣчи о примѣненіи, напр., къ факту, совершившемуся въ Россіи и обсуждаемому русскими судами, иностраннаго закона, или къ факту, совершившемуся и обсуждаемому во время дѣйствія Улож. Наказ., уголовныхъ законовъ, дѣйствовавшихъ до изданія Уложенія въ 1845 г. Для этого не можетъ существовать никакихъ побудительныхъ причинъ. Иное дѣло, если фактъ, совершившійся въ сферѣ дѣйствія (по мѣсту или времени) одного закона, приходится обсуждать подъ господствомъ другого закона. Въ такомъ случаѣ одинъ и тотъ же фактъ какъ бы подпадаетъ дѣйствію двухъ различныхъ законовъ: одному—по мѣсту или времени своего совершенія, другому—по мѣсту или времени своего обсужденія Это и составляетъ такъ называемое столкновеніе законовъ, разномѣстныхъ или разновременныхъ: напр., если преступникъ, совершившій преступленіе за границей, судится въ Россіи, или если на основаніи сдѣлки, совершенной при господствѣ еще стараго закона, предъявляется искъ уже послѣ замѣны стараго закона новымъ.

Мыслимы два различныхъ принципа для разрѣшенія подобныхъ столкновеній законовъ. Можно придавать рѣшающее значеніе или тому, въ сферѣ господства какого закона обсуждается данный фактъ, или тому, въ сферѣ дѣйствія какого закона онъ совершился. Смотря по тому, какимъ изъ этихъ принциповъ мы станемъ руководствоваться, мы получимъ два совершенно противоположныя разрѣшенія столкновенія законовъ.

Въ пользу каждаго изъ этихъ двухъ различныхъ принциповъ можно привести свои доводы. За примѣненіе того закона, въ сферѣ господства котораго происходитъ обсужденіе даннаго факта, говоритъ прежде всего то общее соображеніе, что суды должны руководствоваться только законами, дѣйствующими въ данномъ мѣстѣ и въ данное время. Будучи органомъ мѣстной власти, отправляя свои функціи по ея уполномочію, судъ не можетъ основывать своихъ рѣшеній на иностранныхъ законахъ, тѣмъ болѣе, что иностранное законодательство по содержанію своему можетъ представлять прямое отрицаніе основныхъ принциповъ туземнаго правопорядка. Замѣняя старые законы новыми, государственная власть этимъ самымъ признаетъ старые законы несправедливыми, негодными: иначе оно бы ихъ не отмѣняло. Поэтому и судъ, какъ органъ этой самой власти, не можетъ уже продолжать примѣнять старые законы, несправедливость которыхъ открыто признана. Къ этому основному доводу присоединяются соображенія практическаго удобства. Если примѣнять всегда законъ, въ сферѣ господства котораго происходитъ обсужденіе даннаго факта, судъ будетъ имѣть дѣло въ данное время съ однимъ только закономъ, хорошо ему извѣстнымъ, совершенно игнорируя законы иностранные, совершенно предавъ забвенію старые законы. Только при этомъ условіи, съ изданіемъ новыхъ законовъ, старые сразу потеряютъ всякое значеніе. А это, конечно, придаетъ судебной практикѣ ясность, простоту, опредѣленность.

Несмотря на силу этихъ доводовъ, и наука, и практика принимаютъ противоположный принципъ, требуя примѣненія того закона, въ сферѣ господства котораго совершился данный фактъ. Основаніемъ такого рѣшенія вопроса служитъ то обстоятельство, что только имъ обезпечивается авторитетъ закона и прочность пріобрѣтаемыхъ правъ. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя относиться съ должнымъ уваженіемъ и довѣріемъ къ требованіямъ закона, если можно ожидать, что, при обсужденіи совершающихся въ данное время фактовъ на судѣ, къ нимъ будутъ примѣнены совершенно иныя требованія закона, содержаніе которыхъ нельзя и предугадать. Права не могутъ быть прочными, если при каждомъ новомъ обсужденіи ихъ на судѣ къ нимъ будутъ примѣняться и новые законы. При такихъ условіяхъ одно и то же право можетъ оказаться то пріобрѣтеннымъ мною, то нѣтъ.

Нельзя не указать также, что время и мѣсто обсужденія факта на судѣ зависитъ или отъ случайнаго стеченія обстоятельствъ, или отъ произвола заинтересованныхъ лицъ; а какъ то, такъ и другое можетъ не имѣть никакого отношенія къ самому существу обсуждаемаго факта. Совершившійся фактъ остается все тѣмъ же, будетъ ли онъ обсуждаться французскимъ судомъ, или русскимъ, въ этомъ году, или въ будущемъ. Напротивъ, время и мѣсто самаго совершенія факта не можетъ не вліять на него, налагая на него свой отпечатокъ. Характеръ каждаго факта въ значительной степени зависитъ отъ среды, въ которой онъ совершается, а среда опредѣляется временемъ и мѣстомъ. И можно сказать, что законъ, въ сферѣ господства котораго совершился данный фактъ, есть какъ-бы часть бытовой атмосферы, окружавшей и опредѣлявшей совершеніе факта. Къ тому же, если данный фактъ есть дѣйствіе человѣка, было бы крайне несправедливо судить его по закону, котораго, совершая дѣйствіе, онъ не могъ вовсе имѣть въ виду.

Въ частности, относительно столкновенія разновременныхъ законовъ, требованіе, чтобы новый законъ не примѣнялся къ обсужденію фактовъ, совершившихся до его изданія, другими словами, чтобы онъ не имѣлъ обратной силы, вызывается еще и иными соображеніями. Государственная власть, отказываясь примѣнить къ сужденію о фактахъ тѣ законы, которые ею самой предписывались въ моментъ совершенія факта, этимъ самымъ подрывала бы свой собственный авторитетъ, какъ бы отвергая безусловную обязательность своихъ законовъ. Выработка законовъ, при условіи присвоенія имъ обратнаго дѣйствія, не могла-бы сохранить столь важнаго для закона характера общности, объективности и безпристрастности. Когда законы вырабатываются для примѣненія ихъ только къ будущимъ фактамъ, неизвѣстно, къ чему именно ихъ придется примѣнить, кому они послужатъ, противъ кого они на практикѣ обратятся, и потому субъективныя, личныя соображенія отступаютъ предъ соображеніями болѣе объективнаго характера. Напротивъ, если-бы законъ вырабатывался для примѣненія его къ уже совершившимся, всѣмъ извѣстнымъ фактамъ, субъективныя соображенія выступили-бы на первый планъ и законъ легко могъ стать орудіемъ личныхъ цѣлей.

Относительно законовъ различныхъ государствъ слѣдуетъ замѣтить, что примѣненіе всегда закона того государства, гдѣ происходитъ обсужденіе факта (lex fori), противорѣчило бы интересамъ международнаго общенія. Тогда бы иностранецъ, прибывающій въ чуждое для него государство, оказывался бы на дѣлѣ вовсе безправнымъ, такъ какъ пріобрѣтеніе имъ права на родинѣ, конечно, не можетъ отвѣчать требованіямъ иностраннаго законодательства.

Таковы доводы, заставляющіе принять для опредѣленія соотношенія

разномѣстныхъ и разновременныхъ законовъ тотъ принципъ, что каждый фактъ долженъ быть обсуждаемъ на основаніи того закона, подъ господствомъ котораго онъ совершался.

Самъ по себѣ этотъ принципъ очень простъ. Но полное пониманіе его значенія и осмысленное примѣненіе его къ частнымъ казузамъ можетъ породить сомнѣнія и потому требуетъ ближайшаго анализа его содержанія.

Намъ уже извѣстны понятія закона и сферы его дѣйствія. Подъ закономъ, впрочемъ, тутъ разумѣется всякая вообще юридическая норма, хотя бы установленная не законодательнымъ актомъ, а обычаемъ или судебной практикой. Мы остановимся поэтому лишь на анализѣ понятій *отдѣльнаго юридическаго факта* и его *совершенія*.

Окружающій насъ міръ представляетъ непрерывный рядъ разнообразныхъ измѣненій, которыя мы, группируя такъ или иначе, разсматриваемъ какъ отдѣльные факты, имѣющіе то или другое значеніе научное, историческое, нравственное, экономическое, юридическое и т. д. Эта группировка не есть что либо объективно опредѣленное. Понятіе отдѣльнаго факта не есть абсолютное, а относительное. Соотвѣтственно той цѣли, какую въ каждомъ данномъ случаѣ мы имѣемъ въ виду, измѣняется и установляемая группировка совершающихся вокругъ насъ измѣненій въ отдѣльные факты. Одинъ и тотъ же рядъ измѣненій мы разсматриваемъ то какъ отдѣльный фактъ, то какъ совокупность нѣсколькихъ фактовъ. Все зависитъ отъ руководящей нами цѣли.

Что же такое отдѣльный юридическій фактъ? Это совокупность такихъ измѣненій, которыя, взятыя вмѣстѣ, имѣютъ юридическое значеніе. А такъ какъ юридическое значеніе факта обусловливается исключительно тѣмъ, что онъ вызываетъ собою примѣненіе юридической нормы, то можно сказать опредѣлительнѣе, что отдѣльнымъ юридическимъ фактомъ называется совокупность такихъ измѣненій, которыя, взятыя вмѣстѣ, обусловливаютъ примѣненіе закона.

Юридическій фактъ можетъ быть довольно сложнымъ, состоящимъ изъ нѣсколькихъ дѣйствій или фактическихъ обстоятельствъ. Такъ, преступленіе, какъ юридическій фактъ, слагается изъ различныхъ элементовъ, наличность которыхъ, всѣхъ въ совокупности, необходима для наличности состава преступленія. Отдѣльно взятые элементы этого состава не будутъ юридическимъ фактомъ, потому что не вызовутъ примѣненія къ нимъ уголовнаго закона. Умыселъ, взятый самъ по себѣ, не есть еще юридическій фактъ. То же самое примѣнимо и ко всякому другому юридическому факту.

Юридическіе факты весьма разнообразны и допускаютъ различную группировку. Для нашей цѣли всего удобнѣе группировать ихъ сообразно тѣмъ вопросамъ, которые составляютъ предметъ судебнаго рѣшенія. Это

потому, что наша цѣль въ настоящее время выяснить, въ рѣшеніи какихъ вопросовъ, какими законами, туземными или иностранными, старыми или новыми, долженъ руководствоваться судъ.

Вопросы, разрѣшаемые судомъ, могутъ быть сведены къ четыремъ категоріямъ, къ четыремъ основнымъ вопросамъ: 1) установлено ли данное право; 2) каковы условія его осуществленія; 3) не прекращено ли оно и 4) соблюдены ли, при имѣющихъ для даннаго дѣла значеніе дѣйствіяхъ, установленныя закономъ формы.

Такъ, уголовный судъ разрѣшаетъ прежде всего вопросъ о томъ, установлено ли право наказанія. Затѣмъ опредѣляются имъ условія осуществленія карательнаго права, назначается опредѣленное наказаніе. Если возникаетъ сомнѣніе, не прекращено ли право наказанія давностью, вошедшимъ въ законную силу оправдательнымъ приговоромъ, или инымъ способомъ, то разрѣшается и этотъ вопросъ. Вопросъ о соблюденіи при юридическихъ сдѣлкахъ установленныхъ закономъ формъ въ уголовномъ судѣ имѣетъ мало значенія. Но въ гражданскомъ онъ часто является главнымъ вопросомъ, такъ какъ многимъ юридическимъ сдѣлкамъ усвоена закономъ обязательная форма, несоблюденіе которой влечетъ за собой недѣйствительность сдѣлки.

Каждый изъ этихъ четырехъ вопросовъ рѣшается по соображенію съ соотвѣтствующей группой фактическихъ обстоятельствъ, составляющей съ этой точки зрѣнія особый юридическій фактъ. Мы считаемъ отдѣльными юридическими фактами обстоятельства, представляющія собою установленіе, осуществленіе, прекращеніе права, а также соблюденіе при юридическихъ дѣйствіяхъ закономъ установленной формы, и каждый такой фактъ обсуждается на основаніи того закона, подъ господствомъ котораго онъ совершился.

Очень часто всѣ эти отдѣльные факты въ одномъ и томъ же дѣлѣ приходится обсуждать на основаніи различныхъ законовъ, такъ какъ установленіе, осуществленіе, прекращеніе одного и того же права, а также заключеніе относящихся къ нему юридическихъ сдѣлокъ легко могутъ оказаться совершившимися подъ господствомъ различныхъ законовъ.

Установленное нами понятіе отдѣльнаго юридическаго факта представляется весьма важнымъ для уясненія разбираемаго вопроса. Усвоивъ себѣ это понятіе, нетрудно будетъ понять, что объемъ и форма осуществленія права опредѣляются не закономъ времени и мѣста пріобрѣтенія, а закономъ времени и мѣста его осуществленія, потому что пріобрѣтеніе и осуществленіе суть различные факты и каждый изъ нихъ обсуждается по закону его совершенія. Такимъ образомъ всѣ собственники въ данное время и данномъ мѣстѣ могутъ осуществлять свое право собственности въ одномъ и томъ же объемѣ, независимо отъ того, гдѣ и когда они его пріобрѣли. Отсюда же вытекаетъ далѣе, что преступность

дѣйствія обсуждается на основаніи закона времени и мѣста его совершенія, а опредѣленіе судомъ за него наказанія, какъ особый юридическій фактъ, представляющій осуществленіе государствомъ пріобрѣтеннаго имъ въ отношеніи къ данному лицу вслѣдствіе его преступнаго дѣянія права наказанія,—на основаніи закона времени и мѣста суда.

Затѣмъ, такъ какъ форма юридическихъ дѣйствій имѣетъ сама по себѣ юридическое значеніе, то соблюденіе или несоблюденіе ея должно быть разсматриваемо какъ особый юридическій фактъ и обсуждаться на основаніи закона мѣста и времени совершенія дѣйствія.

Поэтому и форма судебныхъ дѣйствій, иначе говоря, порядокъ судопроизводства, опредѣляется закономъ мѣста и времени суда, а не мѣста и времени совершенія того факта, который обсуждается на судѣ. Это тѣмъ болѣе очевидно, что въ одномъ и томъ же судебномъ дѣлѣ зауряд приходится обсуживать разнообразные факты, относящіеся къ различному времени и мѣсту, а примѣнять въ одномъ и томъ же процессѣ разныя формы судопроизводства—невозможно.

Такъ какъ юридическіе факты бываютъ весьма сложными по своему составу, то можетъ возникнуть сомнѣніе, гдѣ именно и когда считать совершившимся данный фактъ. Принимая во вниманіе, что юридическое значеніе фактъ получаетъ только послѣ того, какъ привзойдетъ и послѣдній элементъ его состава, мѣсто и время происхожденія послѣдняго, завершающаго, такъ сказать, элемента и должно считать мѣстомъ и временемъ совершенія и самаго юридическаго факта.

Можетъ быть и затѣмъ и такъ, что субъектъ, совершающій дѣйствіе, находится въ одномъ государствѣ, эффектъ его дѣйствія сказывается на территоріи другого государства. Гдѣ считать совершившимся такое дѣйствіе? Криминалисты, склонные придавать преимущественное значеніе субъективной сторонѣ, рѣшаютъ этотъ вопросъ такъ, что мѣстомъ совершенія дѣйствія слѣдуетъ считать мѣсто нахожденія субъекта. Но цивилисты держатся противоположнаго взгляда. Осуществленіе лицомъ, находящимся въ одномъ государствѣ, его права собственности на недвижимость, находящуюся въ другомъ государствѣ, обсуждается на основаніи законовъ мѣстонахожденія имѣнія; осуществленіе обязательственныхъ правъ обсуждается на основаніи законовъ мѣстожительства должника, а не вѣрителя. Да едва ли и не правильнѣе было бы держаться того же взгляда и въ уголовномъ правѣ, такъ какъ полный составъ оконченнаго преступленія получается при наличности тѣхъ результатовъ дѣйствія, которые сказались внѣ государства, гдѣ находится преступникъ. Когда человѣкъ, стоящій по одну сторону границы государства, стрѣляетъ въ находящагося по другую сторону, то осуществленіе преступнаго намѣренія—лишеніе жизни—имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ находится убитый.

Опредѣленіе взаимнаго соотношенія разновременныхъ и разномѣст-

ныхъ законовъ можетъ быть подведено, какъ мы это и сдѣлали, подъ одинъ общій принципъ. Но соотношеніе разномѣстныхъ законовъ представляется всетаки болѣе сложнымъ. Это обусловливается двумя обстоятельствами.

Во-первыхъ, при подчиненіи дѣйствію разновременныхъ законовъ, юридическое отношеніе можетъ подпадать ихъ дѣйствію только въ одномъ опредѣленномъ порядкѣ, переходя отъ стараго къ новому. Обратный порядокъ невозможенъ. Подпасть снова дѣйствію стараго закона отношеніе уже не можетъ. Въ случаѣ же столкновенія разномѣстныхъ законовъ это возможно. Одно и то же отношеніе можетъ поочередно переходить изъ одной страны въ другую и обратно. Это даетъ возможность заинтересованнымъ лицамъ намѣренно переселяться изъ одного государства въ другое и обратно, съ цѣлью обойти требованія того или другого закона, что не можетъ не вызвать противодѣйствія государственной власти.

Другое, болѣе важное осложненіе, возможное при столкновеніи разномѣстныхъ законовъ, заключается въ слѣдующемъ. При смѣнѣ старыхъ законовъ новыми, новые распространяютъ свое дѣйствіе непремѣнно сразу на всѣ элементы юридическаго отношенія. Не можетъ случиться такъ, чтобы субъектъ отношенія подпалъ уже дѣйствію новаго закона, а объектъ остался подъ господствомъ стараго. Но при столкновеніи разномѣстныхъ законовъ постоянно встрѣчаются и такіе случаи. Очень часто бываетъ такъ, что, напр., субъектъ отношенія находится въ одномъ государствѣ, а объектъ въ другомъ. Согласно уже указанному выше правилу, всякое осуществленіе права въ такомъ случаѣ считается совершающимся тамъ, гдѣ находится объектъ.

Въ заключеніе надо оговориться, что на практикѣ, въ силу различнаго рода политическихъ соображеній, допускаются отступленія отъ послѣдовательнаго примѣненія общаго принципа, опредѣляющаго соотношеніе разновременныхъ и разномѣстныхъ законовъ.

§ 63. *Толкованіе.*

Savigny. System. B. I. S. 206. *Градовскій.* О судебномъ толкованіи законовъ, Журн. гр. и уг. права 1874, № 1. *Таганцевъ.* Лекціи по русскому уголовному праву. Вып. I, стр. 346.

Критика устанавливаетъ подлинность источника какъ въ его цѣломъ, такъ и въ частяхъ. Принципы, опредѣляющіе взаимное отношеніе разновременныхъ и разномѣстныхъ законовъ, указываютъ, какія именно нормы должны быть примѣнены къ тому или другому частному случаю. Но знать, какія именно нормы подлежатъ примѣненію, еще мало. Надо, кромѣ того, сумѣть примѣнить эти нормы. А для этого, прежде всего,

слѣдуетъ выяснить смыслъ данной юридической нормы, что и составляетъ задачу *толкованія.*

Такъ какъ положительное право составляетъ только что, что нашло себѣ выраженіе въ источникахъ права, то воля законодателя лишь настолько составляетъ законъ, насколько она выразилась въ законодательномъ актѣ. Если законодатель по неумѣлости или недосмотру выразилъ въ законѣ свою волю уже ея дѣйствительнаго содержанія, закономъ она дѣлается всетаки только въ томъ объемѣ, въ какомъ она выражена. Съ другой стороны, законъ служитъ настолько источникомъ права, насколько онъ выражаетъ волю законодателя. Поэтому, если случайно выраженія закона окажутся шире дѣйствительной воли законодателя, закономъ должно считать только то, что составляло дѣйствительную волю законодателя. Ошибка или неправильность языка не можетъ служить источникомъ права. Поэтому, ближайшимъ образомъ, задачу толкованія законовъ составляетъ выясненіе воли законодателя, насколько оно выразилось въ законодательномъ актѣ.

Толкованіе, какъ и критика, не составляетъ исключительной принадлежности юридическихъ наукъ; напротивъ, оно встрѣчается во всѣхъ наукахъ, имѣющихъ дѣло съ письменными источниками, напр., въ исторіи, богословіи. И можно указать такія правила, которыя имѣютъ одинаковое примѣненіе какъ въ толкованіи и критикѣ юридическихъ нормъ, такъ и въ толкованіи и критикѣ памятниковъ историческихъ или догматическихъ религіозныхъ книгъ. Но критика или толкованіе юридическихъ нормъ представляютъ и особенности, такъ, напр., въ критикѣ вопросъ о конституціонности закона представляетъ исключительную принадлежность юридической критики. Точно также и въ толкованіи. Поэтому въ немъ можно различать два элемента: общій и специфически-юридическій.

Общій элементъ заключается въ общихъ пріемахъ толкованія грамматическомъ и логическомъ. Каждый письменный источникъ содержитъ въ себѣ человѣческую *мысль,* выражаемую *словомъ.* Но и мысль и слово подчиняются извѣстнымъ правиламъ: *логическимъ* и *грамматическимъ.* Для пониманія написаннаго, какъ и сказаннаго, необходимо знакомство съ этими правилами; истолкователь долженъ, по замѣчанію Савиньи, воспроизвести мысленно весь тотъ процессъ, какимъ данный законъ сложился, облекаясь въ форму логическую и затѣмъ грамматическую, соотвѣтствующую его содержанію. Грамматическія правила съ теченіемъ времени измѣняются; истолкователь долженъ поэтому примѣнять къ истолкованію каждаго даннаго закона грамматическія правила того времени, когда онъ составленъ, а не своего. Кромѣ того, подобно тому, какъ у каждаго писателя имѣются свои особенности языка, такія-же особенности могутъ существовать, и обыкновенно существуютъ, и въ языкѣ за-

конодателя. Поэтому грамматическое толкованіе предполагаетъ и изученіе этихъ особенностей.

Логическія правила неизмѣнны, но тѣ понятія, съ которыми оперируетъ логическое мышленіе, мѣняютъ свое содержаніе, понимаются различно. Поэтому при истолкованіи нормъ надо обращать вниманіе на измѣненіе значенія содержащихся въ нихъ понятій.

Предположеніе, что законодатель соблюдалъ при выраженіи своей воли правила логики и грамматики, есть не болѣе какъ предположеніе. Поэтому, если мы какимъ-либо путемъ убѣдимся, что въ данномъ случаѣ законодателемъ допущена, что бываетъ далеко нерѣдко, грамматическая или логическая ошибка, предположеніе это теряетъ свою силу, и мы не можемъ принять толкованіе, которое обусловливается имъ. То же самое должно быть сдѣлано и въ томъ случаѣ, когда толкованіе, основанное на этомъ предположеніи, приводитъ къ очевидно нелѣпому выводу.

Для выясненія того, какъ въ дѣйствительности, согласно съ волею законодателя, и, можетъ быть, вопреки грамматическимъ и логическимъ правиламъ, должно быть понимаемо сказанное въ законѣ, лучшимъ средствомъ является знакомство съ исторіей возникновенія даннаго закона. Для этого слѣдуетъ обращаться къ первоначальному законопроекту, къ послѣдовательному ходу его измѣненій, къ преніямъ въ законодательномъ собраніи. Эти, такъ называемые, „матеріалы“ лучше всего могутъ объяснить, какъ сложилось то или другое опредѣленіе закона, и слѣдовательно, имѣя ихъ подъ руками, нѣтъ уже надобности прибѣгать въ этомъ отношеніи къ какимъ-либо предположеніямъ.

Такое же значеніе имѣетъ сравненіе статей нашего Свода законовъ съ ихъ источниками. Составляя отдѣльныя статьи Свода, законодатель имѣлъ въ виду выразить въ нихъ тѣ самыя нормы, которыя содержатся въ цитированныхъ подъ ними законахъ, а вовсе не создать новыя нормы взамѣнъ старыхъ. Поэтому узаконенія, на основаніи которыхъ составленъ Сводъ, имѣютъ въ полномъ смыслѣ слова значеніе законодательныхъ къ нему матеріаловъ. Они представляютъ собою тотъ матеріалъ, откуда почерпнуто содержаніе Свода. У насъ, правда, вошло въ обычай считать такую свѣрку статей Свода съ отдѣльными указами, послужившими матеріаломъ для ихъ составленія, ничѣмъ инымъ какъ историческимъ толкованіемъ. Но такой взглядъ, какъ будетъ показано ниже, совершенно ошибоченъ.

Большій юридическій интересъ имѣетъ особенный специфическій элементъ толкованія, основывающійся на особенномъ соотношеніи между собой послѣдовательно смѣняющихся и одновременно существующихъ нормъ. Это соотношеніе представляется далеко не тожественнымъ съ

соотношеніемъ, напр., памятниковъ историческихъ и литературныхъ. Совокупность историческихъ памятниковъ, относящихся къ опредѣленной исторической эпохѣ, не составляетъ вовсе чего-либо цѣлаго. Каждый изъ нихъ толкуется отдѣльно и появленіе новаго памятника не можетъ измѣнить смысла прежде существовавшихъ. Конечно, новые памятники могутъ помочь болѣе правильному пониманію старыхъ. Но смыслъ самъ по себѣ отъ этого не мѣняется. Совокупность одновременно существующихъ юридическихъ нормъ, напротивъ, представляетъ собою весь юридическій порядокъ даннаго общества и притомъ такъ, что каждая норма имѣетъ свою исключительную сферу примѣненія: къ одному и тому же предмету не можетъ быть одновременно примѣняемо нѣсколько нормъ. Поэтому совокупность юридическихъ нормъ есть одно цѣлое, составляетъ одну связную систему, и появленіе новой нормы всегда измѣняетъ нѣсколько смыслъ прежде существовавшихъ нормъ, расширяя или ограничивая его. Въ этомъ отношеніи юридическія нормы сходны съ догматами религіи, которые также составляютъ одно систематическое цѣлое.

Что касается соотношенія послѣдовательно слѣдующихъ другъ за другомъ нормъ, то и тутъ также сказывается этотъ взаимно исключающій характеръ; новая норма отмѣняетъ относительно опредѣляемаго ею вопроса дѣйствіе прежде существовавшихъ нормъ.

Это соотношеніе юридическихъ нормъ, смѣняющихся во времени, представляетъ также своеобразную ихъ особенность. Нечего и говорить, что позднѣйшій историческій памятникъ не имѣетъ силы болѣе древняго. А если они относятся къ одному и тому же событію, то даже, наоборотъ, древнѣйшій долженъ предпочитаться новѣйшему. Но и религіозные догматы не представляютъ такого взаимно исключающаго соотношенія во времени. Богъ, какъ всемудрый, не можетъ самъ себѣ противорѣчить. И новый завѣтъ является не столько отмѣной, сколько развитіемъ стараго.

Указанное нами взаимно исключающее соотношеніе юридическихъ нормъ придаетъ своеобразный характеръ юридическому толкованію, и смотря по тому, обращается ли вниманіе на соотношеніе одновременно существующихъ или послѣдовательно слѣдующихъ другъ за другомъ во времени, различаютъ толкованіе *систематическое* и *историческое.*

Подъ историческимъ толкованіемъ разумѣется объясненіе смысла нормы изъ сображенія ея съ нормой, дѣйствовавшей по тому же предмету въ моментъ установленія новой. Изъ этого опредѣленія историческаго толкованія слѣдуетъ съ очевидностью, что объясненіе статей нашего Свода изъ соображенія цитированныхъ подъ ними узаконеній не есть историческое толкованіе. Статья не замѣняетъ тѣхъ указовъ, которые подъ ней цитированы, потому что она есть лишь другое выраженіе

той же самой нормы, какая заключается и въ нихъ. Поэтому тутъ нѣтъ налицо перваго необходимаго условія историческаго толкованія: сопоставленія двухъ чередующихся во времени нормъ. Сопоставленіе отдѣльныхъ узаконеній съ извлеченной изъ нихъ статьей имѣетъ совершенно такой же характеръ, какъ и сравненіе оригинала закона съ оффиціальнымъ его изданіемъ. Въ обоихъ случаяхъ сравниваются двѣ оффиціальныя формы выраженія одной и той же нормы.

Необходимость историческаго толкованія обусловливается тѣмъ, что нерѣдко концепція новаго закона всецѣло опредѣляется содержаніемъ имъ отмѣняемаго закона. Какъ иногда бываетъ невозможно понять отвѣтъ, не зная вопроса, на какой онъ послѣдовалъ, такъ и отмѣняющій законъ иногда не можетъ быть понятъ, если неизвѣстно содержаніе закона отмѣняемаго.

Если дѣло касается обширныхъ законовъ, объемлющихъ цѣлую отрасль права, то только внимательнымъ сличеніемъ стараго и новаго закона можно опредѣлить, вполнѣ ли новый законъ отмѣняетъ старый, и это тѣмъ болѣе, что въ основу двухъ этихъ законовъ легко могутъ оказаться положенными существенно различныя пониманія предѣловъ данной отрасли права.

Новый законъ можетъ находиться въ различномъ отношеніи къ старому. Онъ можетъ его или вполнѣ отмѣнить (abrogatio), или замѣнять его смыслъ новымъ постановленіемъ (obrogatio), или замѣнить его отчасти (derogatio) или дополнять его (subrogatio) [1]).

Подъ систематическимъ толкованіемъ разумѣется выясненіе смысла нормы изъ соображенія ея соотношенія къ общей системѣ права. Поэтому объясненіе нормы по соображенію съ заголовкомъ того отдѣла законодательнаго акта, гдѣ она помѣщена, обыкновенно называемое у насъ систематическимъ толкованіемъ, есть только частная форма логическаго. Дѣло въ томъ, что система законодательнаго акта, размѣщеніе въ немъ отдѣльныхъ постановленій, статей въ томъ или въ другомъ порядкѣ, есть продуктъ логическаго развитія содержанія даннаго акта. Но нельзя же смѣшивать систему мышленія законодателя, подчиняющуюся законамъ логики, и систему нормъ, дѣйствующихъ въ данномъ обществѣ, опредѣляющуюся закономъ солидарности существующихъ явленій. Только послѣдняя можетъ служить основаніемъ систематическаго толкованія. Если не дѣлать этого различія, то получится такая несообразность: выясненіе смысла закона по системѣ изложенія отдѣльной статьи (ибо въ каждой статьѣ есть своя система изложенія) будетъ толкованіемъ логическимъ; выясненіе же по системѣ расположенія статей другъ за другомъ—систематическимъ. А между тѣмъ понятіе статьи не есть опредѣленное: отъ

---

[1]) *Gluck.* Commentar, 1, 514.

составителя закона вполнѣ зависитъ слить нѣсколько статей въ одну, или наоборотъ. Поэтому слѣдуетъ считать порядокъ изложенія отдѣльной статьи и порядокъ расположенія нѣсколькихъ статей безразлично основой логическаго, а не систематическаго толкованія.

Тутъ споръ не о словахъ только. Такъ какъ у насъ толкованіе по заголовкамъ именуютъ обыкновенно систематическимъ, то на немъ и успокаиваются, забывая вовсе о настоящемъ систематическомъ толкованіи.

Кромѣ различія толкованія по пріемамъ, въ старое время различали его также по субъекту, отъ котораго исходитъ толкованіе, на *доктринальное* и *легальное*. Доктринальное толкованіе это то, которое совершается лицами, примѣняющими законъ, и сила котораго основывается на его разумности. Легальное—это толкованіе, установляемое обычаемъ (узуальное) или даже самимъ законодателемъ (аутентическое) и основывающееся не на разумности, а на авторитетѣ обычая или законодательной власти. Но, какъ на это указалъ Савиньи, толкованіе мыслимо только какъ толкованіе доктринальное. Такъ-называемое узуальное толкованіе это не что иное, какъ обычай, такъ называемое аутентическое—законъ. И практическое значеніе этого нелѣпаго выраженія—законодательное толкованіе закона—сводится къ тому, что, иногда прикрываясь имъ, придаютъ закону обратную силу.

Съ толкованіемъ не слѣдуетъ смѣшивать аналогическаго примѣненія нормы. Толкованіе есть объясненіе нормы, аналогія—примѣненіе нормы къ случаямъ, ею не предусматриваемымъ, но представляющимъ въ юридическомъ отношеніи аналогію съ тѣми случаями, для которыхъ они установлены. Смотря по тому, примѣняется ли такимъ образомъ правило, извлеченное изъ отдѣльнаго закона или изъ цѣлой системы законодательства, различаютъ аналогію закона и аналогію права.

§ 64. *Научная обработка права.*

Ihering. Geist des römischen Rechts. II. 2 Abth. 3 Aufl. 1875. SS. 309—389. *Коркуновъ.* О научномъ изученіи права. Журн. гр. и уг. права. 1882, № 4, стр. 1—29, и № 5, стр. 159—194.

Толкованіе разъясняетъ смыслъ отдѣльныхъ юридическихъ нормъ. Не выяснивъ смысла нормы, нельзя ее и примѣнять. Поэтому толкованіе есть безусловно необходимое условіе примѣненія юридическихъ нормъ. Но одно толкованіе само по себѣ еще недостаточно. Одно толкованіе не можетъ дать полнаго пониманія права. Прежде всего толкованіе, какъ объясненіе смысла только данной нормы, слишкомъ непосредственно связано съ правомъ данной страны, даннаго времени. Какъ только намъ приходится имѣть дѣло съ примѣненіемъ иностраннаго закона или хотя бы и нашего, туземнаго, но вновь изданнаго, толкованіе, выработанное

нами для объясненія нашего или стараго закона, оказывается ни къ чему непригоднымъ. Если бы изученіе права ограничивалось однимъ толкованіемъ, не только юристамъ каждаго отдѣльнаго государства, но даже каждому новому поколѣнію юристовъ одной и той же страны приходилось бы начинать дѣло изученія права съизнова, такъ какъ законы нерѣдко мѣняются быстрѣе людскихъ поколѣній. Между тѣмъ, несмотря на разнообразіе и измѣнчивость права, въ немъ есть и постоянные или, по крайней мѣрѣ, болѣе устойчивые элементы, не мѣняющіеся съ каждой перемѣной законодательныхъ опредѣленій. Юридическая нормировка отношеній мѣняется гораздо быстрѣе и легче, чѣмъ самыя отношенія и ихъ основные элементы, Поэтому, если за основу изученія права принять не нормы юридическія, какъ это бываетъ при толкованіи, а юридическія отношенія, то получается болѣе прочные и устойчивые выводы.

Къ тому же требованію, не ограничиваясь толкованіемъ нормъ, перейти къ изученію самыхъ отношеній, приводитъ и другое соображеніе. Мы видѣли, что и при толкованіи нельзя юридическія нормы разсматривать вполнѣ обособленно. Дѣйствуя совмѣстно въ данномъ обществѣ, онѣ по необходимости образуютъ изъ себя одно связное цѣлое. На этомъ и основано систематическое толкованіе. Но система эта устанавляется не внѣшней формой законодательныхъ сборниковъ, а органическою связью тѣхъ отношеній, къ которымъ примѣняются юридическія нормы. Поэтому и для построенія системы необходимо обратиться къ изученію юридическихъ отношеній.

Только изученіе юридическихъ отношеній, а не толкованіе отдѣльныхъ законодательныхъ постановленій даетъ обобщенное и систематическое знаніе права, знаніе научное. Въ этомъ смыслѣ Іерингъ называетъ толкованіе низшей юриспруденціей, противополагая ей какъ высшую анализъ, конструкцію и систематизацію юридическихъ отношеній.

Въ чемъ же заключаются пріемы такого научнаго изученія права? Наука обобщаетъ наше знаніе; она замѣняетъ непосредственное, частное, но и болѣе разрозненное, болѣ конкретное знаніе—болѣе абстрактнымъ и болѣе общимъ; она изучаетъ частности только какъ матеріалъ для обобщенія, стремясь придти къ выводамъ, примѣнимымъ къ цѣлымъ группамъ сходныхъ явленій и замѣняющимъ для насъ поэтому знаніе всѣхъ частныхъ явленій, относящихся къ той или другой изслѣдованной группѣ. Но обобщеніе не можетъ быть совершено надъ сырымъ матеріаломъ въ томъ видѣ, какъ онъ дается намъ непосредственнымъ наблюденіемъ. Сопоставляя непосредственныя данныя наблюденія, не подвергнутыя аналитическому разложенію на составные элементы, мы можемъ подмѣтить въ нихъ сходство лишь въ весьма ограниченныхъ предѣлахъ и притомъ весьма легко этимъ путемъ впасть въ ошибки,

сблизивъ такія явленія, которыя въ дѣйствительности представляютъ весьма мало общаго, и наоборотъ.

Для того, чтобы расширить обобщенія и дать имъ надежную постановку, необходимо предварительно подвергнуть представляющійся намъ въ наблюденіи матеріалъ извѣстной обработкѣ. Мы подвергаемъ для этого наши представленія анализу, разлагая ихъ на составные элементы, съ тѣмъ, чтобы найти общіе элементы, изъ различныхъ комбинацій которыхъ составляется все разнообразіе нашихъ представленій извѣстнаго рода. Затѣмъ, полученные посредствомъ анализа, общіе элементы нашихъ представленій мы комбинируемъ уже сознательно и такъ, какъ того требуютъ цѣли научнаго изслѣдованія, построяя, конструируя такимъ образомъ научныя понятія, которыя, какъ идеальныя построенія, не суть простыя копіи дѣйствительности, но своеобразныя, требующіяся для цѣлей науки, конструкціи. Наконецъ, полученныя путемъ конструкціи, научныя понятія мы классифицируемъ, соединяя ихъ въ группы, руководясь ихъ сходствомъ и различіемъ.

Всѣ эти пріемы: анализъ, конструкція и классификація, суть общіе пріемы научнаго изслѣдованія, отнюдь не составляющіе исключительной принадлежности только науки права. Но это не сознается нерѣдко и самими юристами, по крайней мѣрѣ въ отношеніи къ анализу и, въ особенности, въ отношеніи къ конструкціи. Такъ, Іерингъ, излагая ученіе объ юридическомъ анализѣ и юридической конструкціи, для поясненія этихъ пріемовъ, ссылается не на общія начала научной методологіи, а на примѣръ азбуки для поясненія анализа и на примѣръ органическихъ тѣлъ для поясненія юридической конструкціи,—подобія въ обоихъ случаяхъ весьма отдаленныя и неполныя. Муромцевъ же прямо относитъ всѣ пріемы юридической конструкціи къ „особенностямъ юридическаго воззрѣнія“ [1]), имѣющимъ лишь „условное практическое значеніе и не могущимъ служить средствомъ научнаго объясненія“ [2]).

Мы постараемся доказать, что ни въ конструкціи, ни въ анализѣ нельзя никоимъ образомъ видѣть особенности юридическаго воззрѣнія, что, напротивъ, мы имѣемъ тутъ дѣло лишь съ частнымъ примѣненіемъ общихъ научныхъ пріемовъ обобщенія. Начнемъ съ анализа.

Въ противоположность обыденному воззрѣнію, юристъ не разсматриваетъ каждый отдѣльный юридическій казусъ, какъ одно цѣлое. Онъ, напротивъ, всегда разлагаетъ представляющійся ему практическій вопросъ на составные элементы, установляя сначала распознаваніе, діагнозъ каждаго отдѣльнаго элемента, и затѣмъ уже давая рѣшеніе вопроса такъ, какъ онъ стъновится практикой, основывая это рѣшеніе на совокупности діагнозовъ, составляющихъ этотъ случай элементовъ. Въ

[1]) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, стр. 93.

[2]) Тамъ же, стр. 121.

силу этого тамъ, гдѣ не-юристъ видитъ одинъ нераздѣльный вопросъ, допускающій только категорическое рѣшеніе въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ, юристъ нерѣдко видитъ цѣлый рядъ отдѣльныхъ вопросовъ, допускающихъ каждый самостоятельное рѣшеніе. Въ отношеніи къ отдѣльному практическому случаю такое аналитическое его разложеніе можетъ естественно показаться лишь напраснымъ усложненіемъ и запутываніемъ вопроса. Но если, не ограничиваясь отдѣльнымъ случаемъ, мы примемъ во вниманіе безконечный рядъ разнообразныхъ случаевъ, представляемыхъ юридической практикой, то мы поймемъ, что юридическій анализъ не запутываетъ, не усложняетъ разрѣшенія отдѣльныхъ случаевъ, а, напротивъ, чрезвычайно его упрощаетъ. Дѣло въ томъ, что посредствомъ такого аналитическаго разложенія мы сводимъ все безконечное разнообразіе юридическихъ казусовъ, встрѣчающихся въ жизни, къ различнымъ комбинаціямъ небольшого числа все однихъ и тѣхъ же основныхъ элементовъ. Такимъ образомъ изученіемъ этихъ элементовъ мы замѣняемъ изученіе всего этого пестраго разнообразія возможныхъ казусовъ. Понятно, что это даетъ большую экономію времени и труда.

Можно ли признать этотъ пріемъ юридическаго анализа своеобразною особенностью правовѣдѣнія? Чтобы убѣдиться въ противномъ, стоитъ только открыть любой курсъ логики: мы вездѣ найдемъ изложеніе совершенно аналогичныхъ пріемовъ анализа нашихъ представленій, какъ общихъ пріемовъ образованія понятій. Зигвартъ, такъ тотъ такое разложеніе нашихъ представленій на ихъ общіе основные элементы прямо считаетъ основнымъ вопросомъ всего ученія о методахъ [1]). Въ старыхъ логикахъ, правда, процессъ образованія общихъ понятій излагался нѣсколько односторонне. Дѣло представлялось такъ, какъ будто общія понятія мы образуемъ всегда однимъ путемъ: путемъ послѣдовательнаго опущенія въ нихъ признаковъ, такъ что общей формой соотношенія понятія признавали соотношенія вида и рода. Это, вѣроятно, и побудило Іеринга искать объясненія юридическаго анализа не въ общихъ пріемахъ логическаго анализа, а въ аналогіи съ азбукой. Дѣйствительно, въ старыхъ логикахъ онъ не нашелъ бы пожалуй подходящей формулы для объясненія того, что онъ называетъ различіемъ самостоятельныхъ и не самостоятельныхъ, конкретныхъ и абстрактныхъ элементовъ. Онъ поясняетъ это различіе сравненіемъ съ различіемъ гласныхъ и согласныхъ. Гласная юридической азбуки это то, что можетъ существовать въ жизни само по себѣ, отдѣльно, напр., купля-продажа, завѣщаніе. Согласная это то, что мыслимо только какъ принадлежность чего-либо другого, таково, напр., понятіе просрочки. Повторяю, подыскать подходящую формулу для такого различія дѣйствительно могло бы представиться затрудни-

---

[1]) *Sigwart*, Logik, B. II, Methodenlehrfi, 1878, S. 5.

тельнымъ, если держаться только старыхъ логикъ. Но современные нѣмецкіе логики, Зигвартъ, Лотце, Вундтъ, не признаютъ опущенія признаковъ общимъ пріемомъ образованія понятій, не признаютъ и различія вида и рода общей формой ихъ соотношенія. По словамъ Вундта, соотношеніе вида и рода есть лишь одна изъ возможныхъ формъ соотношенія понятій и общность есть общее свойство понятій, лишь въ томъ смыслѣ, что каждое понятіе состоитъ изъ элементовъ, которые входятъ въ составъ и другихъ понятій и различной комбинаціей которыхъ единственно и обусловливается различие отдѣльныхъ понятій [1]). Поэтому нельзя сказать, чтобы большая отвлеченность понятія обусловливала всегда и большую общность. Такъ, напр., понятіе обязательства менѣе абстрактно, нежели понятіе отсрочки. Но нельзя сказать, чтобы оно вмѣстѣ съ тѣмъ было и менѣе общимъ. При такомъ взглядѣ на дѣло и общимъ пріемомъ обобщенія является не опущеніе частныхъ признаковъ, а разложеніе представленій на ихъ составные элементы, и нѣтъ уже надобности искать объясненія пріемовъ юридическаго анализа внѣ логическихъ формулъ. Въ нѣмецкой литературѣ и была уже сдѣлана попытка воспользоваться результатами логическихъ изслѣдованій Зигварта и Лотце для объясненія процесса образованія юридическихъ понятій [2]).

Такимъ же совершенно общимъ логическимъ пріемомъ представляется и то, что Іерингъ называетъ логической концентраціей понятій. Тутъ все дѣло заключается въ опредѣленіи взаимнаго соотношенія понятій и слѣдуетъ только замѣтить, что Іерингъ опускаетъ изъ виду разнообразіе формъ этого соотношенія. Соотношеніе понятій можетъ быть не только отношеніемъ соподчиненія, но можетъ принимать и различныя другія формы, напр., взаимоисключенія (случай и умыселъ), соотносительности (право и обязанность), соприкосновенія (dies incertus an, certus quando и conditio), перекрещиванія (вещныя и имущественныя права) и т. д.) [3]).

Но эта такъ-называемая Іерингомъ логическая концентрація понятій даетъ объединеніе матеріала лишь въ весьма узкихъ рамкахъ. Для того чтобы объединеніе могло обнять весь матеріалъ общихъ элементовъ, полученныхъ путемъ анализа, а не отдѣльныя только ихъ группы, необходимо обратиться къ синтезу, посредствомъ юридической конструкціи. Подобно анализу и юридическая конструкція не представляетъ исключительной особенности юридической науки. Это общій пріемъ научнаго обобщенія [4]). Не слѣдуетъ думать, чтобы научныя обобщенія были просто

---

[1]) *Wundt*, Logik, I, 1880 S. 96.

[2]) *Rümelin*, Juristische Bergrifsbildung. 1878.

[3]) *Wundt*, Logik, I, S, 113.

[4]) *Льюисъ*, Вопросы о жизни и духѣ, т. I Спб. 1875 г. стр. 272—300.

суммированными копіями дѣйствительности. Такія копіи по необходимости представляются неясными, неопредѣленными. Онѣ подобны тому смутному впечатлѣнію, какое мы получимъ, если наложимъ одну на другую нѣсколько прозрачныхъ картинъ и станемъ разсматривать ихъ противъ свѣта. При этомъ, конечно, и краски и очертанія контуровъ сольются, смѣшаются, потерявъ всякую опредѣленность. Обобщенія, подобныя такимъ неяснымъ впечатлѣніямъ, не годятся для цѣлей науки. Они могутъ, пожалуй, удовлетворить потребностямъ обыденной жизни, гдѣ мы заурядъ руководствуемся неясными, для насъ самихъ смутными представленіями. Но наука требуетъ прежде всего отчетливости, ясности, опредѣленности. И въ дѣйствительности научныя обобщенія не суть вовсе суммированныя лишь копіи дѣйствительности. Всѣ научныя обобщенія суть идеальныя построенія, представляющія собою своеобразныя комбинаціи полученныхъ путемъ анализа общихъ элементовъ нашихъ представленій. Эти комбинаціи не копируютъ рабски дѣйствительность; онѣ составляются свободно, сообразно цѣлямъ научнаго обобщенія, и потому всегда уклоняются нѣсколько отъ дѣйствительности. Таковъ характеръ обобщеній во всѣхъ наукахъ безъ исключенія: всякая наука даетъ не копію дѣйствительности, а идеальное построеніе. Такъ, напримѣръ, когда говорятъ, что луна обращается по опредѣленной орбитѣ вокругъ земли, то это нельзя понимать, какъ простое описаніе дѣйствительно совершающагося обращенія луны вокругъ земли—это только идеальное построеніе, объясняющее намъ движеніе луны. Въ дѣйствительности луна вовсе не описываетъ эллипсисовъ вокругъ земли. Если бы она въ своемъ движеніи оставляла за собою видимый слѣдъ, слѣдъ этотъ имѣлъ бы фигуру не эллипсиса и вообще не замкнутой кривой, а незамыкающейся волнообразной линіи. Весьма наглядно выражается конструктивный характеръ научныхъ обобщеній въ кристаллографическихъ системахъ. Для того, чтобы объяснить сложныя явленія, наблюдаемыя въ кристаллахъ, кристаллографы воображаютъ, что внутри каждаго кристалла существуютъ извѣстныя оси или линіи направленія, соотносительной длиной и взаимнымъ наклоненіемъ которыхъ опредѣляется природа кристалла. Въ одномъ классѣ кристалловъ есть четыре такихъ оси; во всѣхъ другихъ только три: онѣ могутъ быть или одинаковой длины, или различной, или перпендикулярны другъ къ другу, или наклонны. Этимъ различіемъ числа, длины и наклона воображаемыхъ осей обусловливается дѣленіе кристалловъ на семь различныхъ системъ, представляющихъ различіе геометрическихъ формъ и физическихъ свойствъ. Но, конечно, эти оси только воображаемыя. Такимъ образомъ вся кристаллографія опирается на конструкцію, на идеальное построеніе.

Совершенно такое же, не только практическое, но и научное значеніе имѣетъ и юридическая конструкція. Между нею и конструкціями

напр., астрономическими или кристаллографическими, нѣтъ никакого принципіальнаго различія. Но, конечно, пріемы юридической конструкціи иные, такъ какъ тутъ и самый предметъ, подлежащій объясненію, совсѣмъ не тотъ.

Основной пріемъ юридической конструкціи заключается въ томъ, что отношенія юридическія, существующія между людьми, объективируются, разсматриваются, какъ самостоятельныя существа, возникающія, измѣняющіяся въ теченіе своего существованія и, наконецъ, прекращающіяся. Затѣмъ въ организаціи, въ структурѣ этихъ отношеній различаютъ ихъ субъектовъ, т. е. тѣхъ лицъ, между которыми происходятъ отношенія, и ихъ объекты, т. е. тѣ силы, пользованіе которыми служитъ поводомъ установленія отношеній. Наконецъ, въ содержаніи отношеній различаютъ всегда два элемента: право и соотвѣтствующую праву обязанность.

Подобно тому, какъ опредѣленіемъ числа, соотносительной длины и положенія осей опредѣляются всѣ свойства кристалла, такъ и опредѣленіе всѣхъ свойствъ различныхъ юридическихъ отношеній сводится къ опредѣленію ихъ субъекта и объекта, содержанія и условій установленія и прекращенія. Конструкція юридическихъ отношеній выполняетъ совершенно ту же функцію, какъ и конструкція кристаллографическихъ системъ. Это есть приноровленное для цѣлей юридическаго изслѣдованія идеальное построеніе. Поэтому и критика юридической конструкціи не можетъ заключаться въ разрѣшеніи вопроса о томъ, соотвѣтствуетъ ли она во всѣхъ своихъ частностяхъ дѣйствительности. Оси кристалла, орбита луны существуютъ только въ нашемъ мышленіи, мы только воображаемъ ихъ себѣ. И это нисколько не мѣшаетъ этимъ конструкціямъ имѣть высокое научное значеніе. Не бѣда поэтому, если и юридическая конструкція не представляетъ простой копіи дѣйствительности. Оцѣнка ея должна обусловливаться исключительно тѣмъ, представляется ли она пригодной формой для нагляднаго и точнаго воспроизведенія всѣхъ свойствъ правовыхъ явленій и ихъ взаимнаго соотношенія. Пригодность для этой цѣли установившагося пріема юридической конструкціи, какъ конструкціи отношеній, лучше всего доказывается успѣшнымъ ея примѣненіемъ на практикѣ. Выработанный собственно цивилистами этотъ пріемъ конструкціи находитъ себѣ съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе широкое примѣненіе. И по самому существу своему онъ вполнѣ пригоденъ для воспроизведенія всевозможныхъ юридическихъ явленій, какъ бы они ни были разнообразны.

Чтобы конструкція соотвѣтствовала своему назначенію, она должна удовлетворять извѣстнымъ общимъ условіямъ, которыя Іерингъ называетъ законами юридической конструкціи. Первое изъ этихъ условій— условіе полноты. Конструкція, чтобы быть полной, должна покрывать

собою всевозможные частные случаи. Всѣ они должны укладываться въ ея рамкахъ. Второе условіе—условіе послѣдовательности. Правильная конструкція должна быть послѣдовательна и притомъ въ двоякомъ отношеніи. Она сама не должна составлять исключенія изъ болѣе общихъ юридическихъ положеній, она должна быть согласована съ ними. И, кромѣ того, она должна быть такова, чтобы рѣшеніе всѣхъ частныхъ вопросовъ, относящихся къ данному отношенію, получалось какъ необходимый логическій выводъ. Наконецъ, въ третьихъ, конструкція должна быть также простою, естественною. Это потому, что слишкомъ сложная или неестественная конструкція не облегчитъ, а только затруднитъ пониманіе.

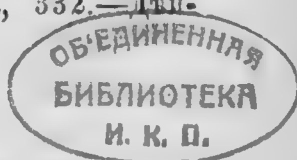
Когда выработана конструкція отдѣльныхъ институтовъ права, остается затѣмъ дать ихъ общую классификацію. Сообразно различію въ логическомъ соотношеніи понятій, соподчиняющихся или перекрещивающихся, возможны двѣ формы классификаціи: классификація системой и классификація рядами. Классификація системой получается путемъ сопоставленія соподчиняющихся другъ другу понятій. Она имѣетъ въ виду не только раздѣлить классифицируемыя явленія на группы, но и соединить эти группы въ одно цѣлое, связать всѣ отдѣльныя группы такъ, чтобы онѣ представляли постепенно развѣтвленіе одного основного понятія, такъ что систематическая классификація можетъ быть представлена графически, какъ развѣтвляющійся стволъ (отсюда названіе: порфиріево или рамусово древо). Юристами почти исключительно и примѣняется такая классификація системой. Но это только частный видъ классификаціи. Если мы станемъ сопоставлять не соподчиняющіяся, а перекрещивающіяся понятія по степени ихъ взаимной близости (abc bcd, cde и т. д.), то получимъ не систему, а *рядъ*, такъ какъ такое сопоставленіе не можетъ дать развѣтвленія. Мы получимъ тутъ рядъ понятій, представляющихъ, такъ сказать, послѣдовательныя звенья одной непрерывной цѣпи понятій. Такая классификація въ особенности примѣнима къ сопоставленію чередующихся во времени явленій юридическаго быта.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

КНИГА ПЕРВАЯ.

КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ.

ГЛАВА I.



ГЛАВА III.

